بسم الله الرحمن الرحيم

جمهورية السودان
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة شندي

كلية الدراسات العليا

قسم القانون

الشروط الشكلية و الموضوعية لعقد التحكيم
(دراسة مقارنة)
بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص

إعداد الطالب :-

يسن محمد حماد الأمين

إشراف الدكتور :

أحمد المصطفي محمد صالح الصادق

قدم في سنة ١٤٣٧هـ - الموافق ٢٠١٦م

بسم الله الرحمن الرحيم

آيــة

قال الله تعالي :

﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴿٦٥﴾ ﴾

صدق الله العظيم

سورة النساء

– الآية (65)

إهـداء

إلي روح أختي الشقيقة / مريم محمد حماد رحمها الله تعالي و أسكنها فسيح جناته مع النبيين و الصديقين و الشهداء و الصالحين و حسن أولئك رفيقا .

إلي والدتي حفظها الله تعالي و أبقاها علي وجه الأرض / عرفه محمد الأمين التي بذلت الغالي و النفيس من أجل تقدمي .

إلي من تتلمذت علي يديهم و هم كثر منهم علي سبيل المثال البروفيسور / شهاب سليمان عبد الله و البروفيسور / سيف الدين الياس حمدتو – و استاذي الذي أوصلني لمهنة المحاماة الحرة الدكتور أحمد محمد أحمد الزين – و أستاذي حفظه الله تعالي من بداية مرحلة الأساس و حتى ما بعد المرحلة الجامعية معلم الأجيال الأستاذ / سليمان عبد القادر قسم السيد الذي بذل الكثير و الكثير من أجلي .

إلي أستاذي الدكتور / أحمد المصطفي محمد صالح الصادق الذي نهلت من علمه الغزير و بذل الغالي و النفيس من أجلي في هذه الرسالة ألا و هي رسالة الماجستير

إلي دفعتي في المرحلة الثانوية بمدرسة عبد الله الحسن العليا الثانوية بنين ألا و هو الأستاذ الدكتور / جلال الدين بانقا أحمد بشير .

ثم إلي أستاذي / عبد العظيم محمد الحسن عبد الحميد التهامي حفظه الله تعالي دوماً

إلي زملائي في القضاء الواقف و الجالس .

لكم جميعاً أهدي ما بذلت فهلاّ تقبلتم جهدي المتواضع .

شكر و تقدير

الشكر لله تعالي من قبل و من بعد .

الشكر كل الشكر لأستاذي *الدكتور / أحمد المصطفي محمد صالح الصادق* **أستاذ القانون بجامعة شندي لقبوله الإشراف علي هذه الرسالة و لما أبداه لي من توجيهات و نصائح و ملاحظات و أراء سديدة كان لها عظيم الأثر في انجاز هذه الرسالة بشكلها الحالي .**

أتقدم بالشكر و التقدير لمكتبة كلية القانون – جامعة شندي و أيضاً مكتبة الدراسات العليا (الأساتذة) بكلية التربية – جامعة شندي ، و أتقدم بالشكر لمكتبة الدراسات العليا – قسم القانون بجامعة أم درمان الإسلامية ، و أتقدم بالشكر و التقدير لمكتبة كلية الدراسات العليا – قسم القانون بجامعة النيلين .

كذلك أتقدم بالشكر و التقدير لمكتبة دار القضاء الاتحادية بالمحكمة العليا الاتحادية القديمة.

أخيراً أتقدم بالشكر و التقدير لمكتبة الدراسات العليا – قسم القانون بجامعة وادي النيل

مستخلص البحث

إن التحكيم من خلال التعرض له بالبحث في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، يكاد يكون متفق على تعريفه وماهيته وهو يعرف بأنه هو : اتفاق الخصمين المتنازعين على قبول عرض النزاع الذي نشأ أو الذي سوف ينشأ مستقبلاً بينهما إلى شخص اخر غير القاضي للفصل في النزاع القائم بينهما بالفعل .

يأتي هذا البحث تحت عنوان : (الشروط الشكلية والموضوعية لعقد التحكيم دراسة فقهية مقارنة) ، حيث تكمن أهمية الشروط الشكلية والموضوعية لعقد التحكيم في أنها تساعد أطراف التحكيم من الاتفاق على التحكيم بكل سهولة ويسر .

تناول الباحث أهداف الشروط الشكلية والموضوعية لعقد التحكيم والتي من أهمها إضافة مادة التحكيم إلى مكتبة الفقه المقارن ، وقد اتبع الباحث طريقة اختيار منهج البحث الاستقرائي التحليلي والتاريخي والتطبيقي والتطويري المزود بالسوابق القضائية الصادرة من جهات الاختصاص المختلفة .

اشتمل البحث على مشاكل عديدة ومن اهمها ماذا عن نشأة التحكيم وتطوره ؟

وقد تضمن هذا البحث أربع فصول تم تقسيمها إلى مباحث والمباحث لمطالب .

وقد اشتمل البحث على عدة نتائج من أهمها تعترف الدول بالأحكام التحكيمية أكثر من أحكام قضاء الدولة ، وذلك لأن التحكيم هو خيار الأطراف .

تناول الباحث عدة توصيات لها علاقة بموضوع الدراسة ، ومن أهمها يوصى الباحث المشرع السوداني بضم دولة السودان لاتفاقية نيويورك المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم دولياً لأنها تحترم النظام العام في البلد المراد تنفيذ حكم التحكيم في أراضيه .

Abstract

Definition : (it the agreement that tow opponents or tow rivals accept to go to someone other than judge – to deal with an offence or question they are involved in .)

The definition above, is stated in the Islamic

Teaching and in- the non – relig our law .

The title of the research is:

((the content and objective conditions for the arbitration contract , comparative study))

These condition help the tow rivals run the agreement easily .

The researcher has dealt with the following question :-

1/ The rise and development of arbitration.

2/ Arbitration contract: content and objective conditions.

The research has 4 chapters. Each chapter is divided into sections, and the sections into parts .

Re commendations:-

Low starters should try to put the Sudan a member in New York agreement of arbitration : the implement tation .

The government may help and support the arbitration courts , for the opponents have great confidence in them .

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على رسوله الله الكريم، محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه وأزواجه أجمعين إلى يوم الجمع والدين.

تقديراً للتطورات التي شهدها السودان من ناحية الانفتاح التجاري والاقتصادي والإستثماري ومايصحب ذلك إبرام عقود محلية ودولية وباللغتين العربية والانجليزية لتقنين المعاملات وضمان تنفيذها وتقديراً للدور الذي يلعبه التحكيم في حل المنازعات على الصعيدين الداخلى والدولي وتقديراً لميزات التحكيم من ناحية السرعة والسرية والمرونة والخبرة وتقديراً لرغبة المستثمرين ورجال الأعمال لحل منازعاتهم عن طريق التحكيم ، نجد أن معظم هذه العقود تتضمن النص على حل النزاع الذي قد ينشأ بشأن هذه المعاملات عن طريق التحكيم ونظراً لأن القوانين والقواعد التى تنظم التحكيم متعددة في السودان كقانون التحكيم لسنة 2005م وقانون بيع الأموال المرهونة وقانون الإجراءات المدنية لسنة 1983 م ، في الفصل الرابع – الباب السادس الملغي وغيرها ، معظم التشريعات التي تتناول موضوع التحكيم تتناول جوانبه الإجرائية واختصاصات المحاكم فيما يتعلق بإحالة النزاع إلى التحكيم من ناحية ومن ناحية اخرى تتناول الأثار المترتبة على إيداع قرارت التحكيم ، وكثيراً من التشريعات الوطنية لاتتضمن نصوصاً قاطعة تتعلق بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية وتتباين نظرة المحاكم الوطنية تجاه قرارت التحكيم الأجنبية وسبل التعامل معها ،حيث تطبق بعض المحاكم الأحكام المتعلقة بتنفيذ أحكام المحاكم الاجنبية على قرارت هيئات التحكيم الاجنبية ، كما أن عصر العولمة الذي نعيشه الأن يقضي كثير من التعويل على التشريعات المتعلقة بالتحكيم ،هذا بالأضافة الى الزيادة المطردة في النزاعات التى تحال إلى التحكيم،كما ان هنالك عدداً من مراكز التحكيم المستقلة والمتخصصة تم إنشاؤها تأتي الحاجة إلى تجميع هذه المسائل في مطبوعة واحدة لتكون قاموساً ومرشداً، ويسهل الحصول عليها من قبل أصحاب الشأن والإختصاص نظراً لتعدد مراكز التحكيم وتخصصاتها وإستقرار قواعد التحكيم التجاري الدولي وماتراكم من أحكام وسوابق قضائية قديمة وحديثة،

مما حدا بالبعض إلى اعتباره قضاءً قائماً بذاته. وفي السودان حركة دائبة لإعادة النظر في النصوص المتعلقة بقانون التحكيم لسنة 2005م . ونسبة لما وجده التحكيم على المستوى المحلي والدولي من قبول واسع من قبل أطراف التعامل وذلك بالنص عليه ضمن شروط العقد

. او بالاتفاق عليه بعد قيام النزاع ، ونسبة للمشاكل التى تواجه التحكيم من صدور احكام معيبة من حيث الشكل والموضوع ' وتقديراً لكثرة طلبات الطعون التى تقدم من أطراف النزاع أمام المحاكم لإبطال أحكام التحكيم لاسباب ناتجة في غالب الأحوال من المحكمين لجهل او عدم المعرفة او التهاون بالتحكيم وإجراءاته.

أرجو أن أكون موفقاً في جمع وحصر كل مايتعلق بالشروط الشكلية والشروط الموضوعية لعقد التحكيم موضوع دراسة هذا البحث ، ومن ناحية القوانين والقواعد ومراكز التحكيم المستقلة والمتخصصة ، ليكون ذلك عوناً لكافة القانونيين والمهنيين واصحاب الشأن بالتحكيم من رجال أعمال ومستثمرين وطنيين او اجانب ، وان يكون ذلك أضافة حقيقة للمكتبة السودانية.

الإطار المنهجي للدراسة :

يتضمن الإطار المنهجي لهذه الدراسة المسائل التالية :

أولاً: أسباب إختيار الموضوع :

لقد تم إختيار هذا الموضوع من قبل الباحث لحداثته في قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م والرغبة الأكيدة المتوفرة بالنية الجادة والإخلاص في الكتابة في موضوع البحث للأتي :

1-نظراً لدراستي للدبلوم المهني في التحكيم بالدفعة الثالثة في المركز العربي للتحكيم بالسودان في الخرطوم . وذلك بتناول عقد التحكيم وإجراءاته وأنواعه باللغتين العربية والإنجليزية في الفترة من 2013/1/31م وحتى 2013/4/1م (شهران).

2-الإحاطة الكاملة بدراسة أنواع التحكيم وإجراءاته حتى كتابة المحضر .

3-التطبيقات النظرية العملية لجميع إجراءات التحكيم ومواكبة مجريات العصر الحديث.

4-مقارنة التحكيم في السودان بالقوانيين العربية في الدول العربية والأجنبية .

5-دافع الرغبة بأعداد ورش محكمين بغرض الفصل في القضايا التحكيمية .

6-الحوجه الملحة الي إعداد محكمين للفصل في النزاعات المتعلقة بالعقود بين الشركات والأفراد .

7-الدراسة موضوع البحث على حد علمي لم يتطرق لها طلاب الدراسات العليا والبحث العلمي بجامعة شندي والجامعات السودانية الأخري .

ثانياً: اهمية الشروط الشكلية والموضوعية لعقد التحكيم :

1-تجعل من عقد التحكيم سلمياً لاتشوبه شائبة.

2-تساعد أطراف التحكيم من الأتفاق على التحكيم بكل سهولة ويسر .

3-تساعد المحكمين في القضايا التحكيمية المختلفه من الفصل في النزاعات المتعلقة بعقد التحكيم في فترة وجيزة.

4-تغني من اللجوء الى المحاكم بكافة درجاتها وأنواعها ونسبة للأزمنة الطويلة التي تستغرقها للفصل في النزاعات التحكيمية .

5-تقصر أمد النزاعات التحكيمية من حيث الرسوم والأتعاب للأطراف ومحكميهم وشهودهم.

ثالثاً: أهداف الشروط الشكلية والموضوعية لعقد التحكيم:

1-حث الدارسين والباحثين لضرورة اللجوء للشروط الشكلية والموضوعية لعقد التحكيم عند فض المنازعات بين الأفراد والمجتمعات المختلفة.

2-التعرف على الشروط الشكلية والموضوعية لعقد التحكيم بمعناه القانوني والسياسي في العصر الحديث ودورها في التوفيق والوساطة وعقد المعاهدات الدولية .

3-التعرف على سلبيات الدراسات السابقة في الشروط الشكلية والموضوعية لعقد التحكيم.

4-أضافة مادة التحكيم الي مكتبة الفقة المقارن.

5-بث الوعي بين الشركات الوطنية والمؤسسات القومية لما في لوائح وقواعد التحكيم من حلول لقضاياه المختلفة .

رابعاً: مشكلة الدراسة :

يعالجها هذا البحث تنحصر في الإجابة على تساؤلات أتت لتوضيح موضوع البحث عنده إختياره وتتمثل في :

1-نشأة وتطور التحكيم :

ماذا عن نشأة التحكيم وتطوره ؟ وهل عرف التحكيم في الشرائع القديمة ؟ وماهي أقسام التحكيم في الشريعة الإسلامية ؟ وماهي كيفية التحكيم في النظم القانونية القديمة والحديثة ؟

2-ماهيّة التحكيم :

أي تعريف التحكيم وماهي الطبيعة القانونية للتحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ؟ وماهي مميزات وعيوب التحكيم ؟ وماهي أنواع التحكيم ؟ وماهي كيفية تمييز التحكيم عما يتشابه به من طرق تسوية النزاعات؟

3- ماهي الشروط الشكلية لعقد التحكيم ؟

4-ماهي الشروط الموضوعية لعقد التحكيم ؟

خامساً: فروض[1] الدراسة :

يفترض الباحث الاتي:

[1] بتصرف الباحث

1-أن يكون هنالك عقد تحكيم لحسم المنازعات الدولية تضمنته الشروط الشكلية والشروط الموضوعية في الفقة الإسلامي والقانون الوضعي.

2-إن نظام التحكيم منفصل تماماً عن النظام القضائي .

3-ان التحكيم له نظاماً موازياً في القانون الدولي العام.

4-إن كل من النظامين متقاربين إلى حد ما من ناحية النظرية والعملية.

5- عدم وجود أي تعارض بين النظامين .

6-أن تطور التحكيم في الفقة الإسلامي ومواكبته يكمن في تطور النظام القانوني للتحكيم ليواكب كافة التطورات التكنولوجية الحديثة في العالم، بما في ذلك نظام التحكيم الدولي.

7-تتبوأ الشروط الشكلية والموضوعية لعقد التحكيم مكانة أكبر في النزاعات الدولية من المكانة التي يتبوأها النظام القضائي.

سادساً: حدود الدراسة :

تتمثل الحدود الموضوعية لهذه الدراسة في مفهوم الشروط الشكلية والموضوعية لعقد التحكيم من حيث نشأة وتطور التحكيم وماهيتة والاتفاقات والمعاهدات الدولية التي نظمت التحكيم من حيث المميزات وأنواع التحكيم في قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م وقوانين التحكيم العربية الأخرى على سبيل المثال قانون التحكيم المصري رقم 27لسنة 1994م.

أما المكانية والزمانية لهذه الدراسة، فالمكانية تثمتل في العالم أجمع وبالخصوص جمهورية السودان ، والزمانية تتمثل في العصور القديمة والمعاصرة والحديثة والحاضرة ، وذلك من عصور ماقبل الميلاد وحتى عصرنا هذا.

سابعاً: منهج البحث :

بأذن الله وتوفيقه لقد عكفت في دراستي لهذا البحث وقد اتبعت طريقة أختيار منهج البحث الاستقرائي والتحليلي والتاريخي والتطبيقي والتطويرى بإرجاع المعلومة إلى مصدرها التاريخي المحدد، أما في المنهج الإستقرائي التحليلي أقوم بتوثيق المعلومات و النصوص القانونية المختلفة من المصادر الأصلية والثانوية وإثباتها وإرجاعها إلى اصلها المأخوذ منها ، اما في المنهج التاريخي أقوم برصد البيانات حسب التسلسل التاريخي الوارد بمحتوى البحث ، أما في المنهج التطبيقي أقوم باحضار سوابق قضائية مختلفة غير منشورة ومنشورة صادرة من

جهات الإختصاص المختلفة لتعينني في شتى موضوعات الدارسة، أما في المنهج التطويري مسألة مستمرة حتى يأخذ البحث وجه مشرق يعين اهل القانون وأصحاب الشأن كافة.

وسوف أتبع في توثيق المصادر والمراجع الآتي :

عند ورود المصادر و المراجع للمرة الاولى سيتم ذكر جميع المعلومات المتعلقة بالمصدر والمرجع، وأما عند تكرار هذا سأكتب لقب المؤلف ثم عبارة (المرجع السابق) وفي حالة ورود المصادر او المراجع اكثر من مرتين أكتب عبارة (مرجع سابق) في حالة تغير الجزء والصفحة. وفي إثبات المصادر و المراجع في الفهارس يكون حسب الترتيب الأبجدي لألقاب المؤلفين، ثم ذكر متبقى المعلومات من المصادر والمراجع ماعدا الجزء والصفحة.

ثامناً: الدراسات السابقة :

أطلع الباحث على الرسائل العلمية التى تناولت من قريب او بعيد موضوع هذه الدراسة ، وذلك للوقوف على مدى وفائها ومعالجتها لهذا الموضوع ، لأنني لم جد بحوث او رسائل علمية على حد علمي تتحدث عن هذا الموضوع بالضبط بكل جزئياته وذلك نسبة لحداثته، ولكن في الجوانب الأخرى توجد عدة بحوث ورسائل علمية تناولت منها:

اولاً: الدراسة الاولى:

النظام القانوني الدولي للتحكيم في المنازعات الدولية في الفقة الاسلامي والقانون الدولي العام (دراسة مقارنة).

قام بها الباحث: هيثم مصطفى سليمان.

قدمت للحصول على درجة الدكتوراة في القانون من جامعة أمدرمان الإسلامية ،كلية الدراسات العليا ، اغسطس 2006م.

اهم نتائج الدراسة:

1-نظام التحكيم هونظام مستقل تماماًعن النظام القضائي ،وان كانت هنالك بعض أوجه التشابه بينهما.

2-يعترف الفقه الاسلامي بالنظام الدولي ويعترف بالعلاقات الدولية .

3-يتفق الفقه الاسلامي والقانون الدولي العام في أن قرار التحكيم بمجرد صدوره ومالم يتم إبطاله بعتبر ملزماً للطرفين ولايجوز الرجوع عنه الا بذات الارادتين .

4-يتفق الفقه الاسلامي والقانون الدولي العام في عدم جواز حسم المسائل الجنائية بالتحكيم.

أوجه التشابه والأختلاف مع هذه الدراسة:

تتفق الدراسة مع الدراسة السابقة من حيث المنهج المقارن والمصادر والمراجع والمحتوى العام للبحث بمصطلحاته، وتختلف هذه الدراسة عن الدراسة السابقة فالاولى مقدمة لنيل درجة الماجستير الدنيا في القانون الخاص والثانية مقدمة لنيل درجة الدكتوراة العليا في القانون الخاص، ومن حيث عدد صفحات الدراسة الاولى والثانية فالاولى اقل والثانية اكثر ، موضوع دراسة الاولى لم يكتب فيه من قبل الباحثين القدامى والجدد أطلاقاً ، أما الدراسة الثانية كتب فيه عدة باحثين قدامى وجدد.

ثانيا : الدراسة الثانية : التحكيم في القانون الدولي العام(دراسة مقارنة) :

قام الباحث : أحمد محمد الحسن سليمان

قدمت للحصول على درجة الماجستير في القانون من جامعة وادي النيل ،كلية الدراسات العليا 1428هـ- 2007م.

أهم نتائج الدراسة:

1-عرف التحكيم منذ بداية الفكر القانون عند الإنسان.وحين جاء الاسلام قرره ونظمه، فلجأ اليه العرب وأمم اخرى لفض منازعاتهم الدولية او الداخلية ، وبحث الفقهاء المسلمين مسائله بحثاً مستفيضاً دقيقاً يرجع اليه المسلمون في معرفة الحكم الذي يريدون.

2-لأطراف النزاع الحرية الكاملة في إختيار مكان التحكيم، وزمانه ولغته والقواعد والقانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى الموضوع محل النزاع وذلك بإتفاق الأطراف عليه ويجب على المحكم الالتزام بكل ما يطلبه الاطراف ولايحيد عنه،والا جاز ابطال حكمه إذا خالف اتفاقهم أو مشارطة التحكيم بينهم.

3-إذا أهمل اطراف النزاع واغفلوا وسكتوا لأي سبب ولم يتفقوا على تحديد مكان التحكيم أو لغته أوقانونه الواجب التطبيق على الإجراءات أو على الموضوع ، فإن قوانين التحكيم الدولية تكاد تجمع على منح المحكم سلطة تحديد هذه العناصر ،وذلك وفق ضوابط معينة.

4-أيدت الدراسة الرأي القائل بجوازتحكيم غير المسلم في التحكيم الذي يجري بشأنه نزاع قائم في دولة غير مسلمة ويتعذر فيها تحكيم رجل مسلم ،وذلك وفق القواعد الشرعية للضرورة ، وضوابطها الذي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية .

اوجه التشابه والاختلاف مع هذه الدراسة :

تتفق هذه الدراسة مع الدراسة السابقة من حيث المنهج المقارن والمصادر والمراجع والمحتوى العام للبحث بمصطلحاته، وكلا الدراستين الاولى والثانية لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص ، وتختلف هذه الدراسة عن الدراسة السابقة فموضوع الدراسة الاولى هذه لم يكتب فيه من قبل الباحثين القدامى والجدد على الأطلاق، أما موضوع الدراسة الثانية السابقة كتب فيه عدة باحثين قدامى وجدد .

ثالثا: الدراسة الثالثة : التحكيم في منازعات عقود الإستثمار (دراسة مقارنة)

قام بها الباحث : أحمد المصطفى محمد صالح الصادق .

قدمت للحصول على درجة الدكتوارة في القانون الخاص من جامعة شندي – كلية الدراسات العليا والبحث العلمي – 1433هـ -2012م.

اهم نتائج الدراسة :

1-تعريف الفقه والتشريع والقضاء للتحكيم جاء متقارباً في المعنى،ولكن القضاء السوداني لم يعرف التحكيم كما فعل القضاء المصري واليمني .

2-يمثل التحكيم قضاءً خاصاً بموجبه تسلب المنازعات من جهة القضاء الوطني ليتم الفصل فيها بواسطة هيئة التحكيم .

3-لايجوزأن يتولى التحكيم قاصر ولو كان ماذوناً له بالادارة ،أو محجورا عليه، أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب جريمة مخلة بالشرف والأمانة.

4-نظام التحكيم بناء مركب تتفاعل فيه إرادات ثلاث : إرادة اطراف النزاع، وإرادة المشرع، واخيراً إرادة هيئة التحكيم.

اوجه التشابه والاختلاف مع هذه الدراسة :

تتفق هذه الدراسة مع الدراسة السابقة من حيث المنهج المقارن والمحتوى العام للبحث بمصطلحاته ومن حيث الشكل ، وتختلف هذه الدراسة عن الدراسة السابقة فالثانية مقدمة لنيل

درجة الماجستير في القانون الخاص والاولى مقدمة لنيل درجة الدكتوراة في القانون الخاص، ومن حيث الموضوع الدراسة الاولى تختلف عن الدراسة الثانية، لأن الاولى موضوعاتها متفرقة ومحصورة في عقود الإستثمار والثانية تشمل جميع الشروط الشكلية والموضوعية التي تتعلق بعقد التحكيم.

رابعا:الدراسة الرابعة : التحكيم في عقود التأمين (دراسة مقارنة)

قام بها الباحث : محمد سيد أحمد عبد الرحمن

قدمت للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص من جامعة وادي النيل – كلية الدراسات العليا والبحث العلمي.1433هـ- 2012م.

أهم نتائج الدراسة :

1-إن التحكيم ونظراً لتطوره التاريخي عرف منذ زمن بعيد ولكن ذاع وانتشر على مستوى العالم في الآونة الاخيرة وهو يمثل قاعدة تقوم على أن يختار أطراف النزاع قضاتهم بأنفسهم .

2-إن التحكيم يقوم بدور ظاهر وجوهري وفعال في فض النزاعات التى غالباً التي تنشأ بين شركات التامين والمؤمن لهم في مجالات عقود التامين المختلفة.

3-بالرغم من ظهور التحكيم في كثير من المجالات في السودان في وقت بعيد إلا أن التحكيم لم يخص بقانون منفصل إلا في العام 2005م وهو دليل على حداثة لجوء الاطراف الى التحكيم، بالاضافة للتوسع الذي شهده السودان في أنواع التجارة والصناعات والتأمينات والتعامل الدولي الأمر الذي أدى لضرورة وجود قانون التحكيم .

4-إن التحكيم في الفقه الإسلامي جائزاً شرعاً وليس فيه لبس او غموض على الرغم من إختلاف بعض أصحاب المذاهب في آيات كثيرة واحاديث كثيرة وردت تجيز التحكيم.

اوجه التشابه والاختلاف مع هذه الدراسة:

تتفق هذه الدراسة مع الدراسة السابقة من حيث المنهج المقارن والشكل والمحتوى العام للبحث ،فالأولى مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص والثانية مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص أيضاً، وتختلف هذه الدراسة مع الدراسة السابقة من حيث

الموضوع فالثانية منحصرة في الشروط الشكلية و الموضوعية لعقد التحكيم والاولى منحصرة في التحكيم في عقود التأمين.

تاسعاً : مصطلحات البحث :

1. Kavalali Mehmet Ali Pasa

محمد على باشا بالتركية الحديثة .

2. Mahmet Ali Pasha

محمد على باشا بالألبانية .

3. The civil Justic ordinance

قانون القضاء المدني .

4. Special Proceeding

إجراءات خاصة

5. Arbitration

التحكيم .

6. Domestic Arbitration

التحكيم الداخلي

7. Statutory Arbit

التحكيم في إنجلترا.

8. Common Law Arbit

التحكيم المعروف في إنجلترا.

9. Un citrate

لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للامم المتحدة.

10. Disputes Settlement Body

جهاز تسوية المنازعات

11. W.O.T

منظمة التجارة العالمية

12. Electronic Commerce

التجارة الاكترونية

13. W I P O

جهاز المنظمة العالمية للملكية الفكرية.

14. F I D IC

عقود الإنشاءات الهندسية

15. Boot

عقود البت

16. The international Chamber of commerce

غرفة التجارة الدولية بباريس

17. Arbitration on- line

التحكيم على الخط أو التحكيم الأكتروني

18. Cyber Arbitration

التحكيم الشبكي

19. on- line Disputes resolution

حسم النزاعات عبر الأنترنت

20. Solo Arbitrator

محكماً وحيداً

21. Adcock Arbitrator

التحكيم **الحر**

22. International Arbitrator

التحكيم النظامي او المؤسسي

23. Contract condense contract Signaling toques unilateral Contract Attire on roux.

التحكيم عقد رضائي ملزم للجانبين بمعنى ان الرضى يكفي لإنعقاده

24. Dangles arbitrage some is ala present convention les estrangers prevent etre designs come arbiters.

في التحكيم الخاضع لهذه الإتفاقية(الأتفاقية الأوربية لعام 1961م) يمكن للأجانب ان يعينوا كمحكمين .

عاشراً: هيكل البحث :

لقد قمت بحمد الله وتوفيقه بتقسيم البحث الى مقدمة واربع فصول وخاتمة وفهارس على النحو التالي:

اولاً: مقدمة: ابرزت فيها فكرة شاملة عن الموضوع .

ثانياً: الفصول وهي على النحو التالي :

الفصل الاول : ماهية التحكيم :

المبحث الاول : تعريف التحكيم في الفقه والقانون .

المبحث الثاني : طبيعة التحكيم .

المبحث الثالث : مميزات وعيوب وانواع التحكيم .

الفصل الثاني : نشأة وتطور التحكيم:

المبحث الاول : التحكيم في الشرائع القديمة .

المبحث الثاني: التحكيم في الشريعة الاسلامية .

المبحث الثالث :التحكيم في النظم القانونية .

الفصل الثالث الشروط الشكلية لعقد التحكيم :

المبحث الاول : شرط الكتابة .

المبحث الثاني : تحديد موضوع النزاع في مشارطة التحكيم .

المبحث الثالث : جزاء الاتفاق على التحكيم فيما لايجوزفيه التحكيم.

الفصل الرابع: الشروط الموضوعية لعقد التحكيم :

المبحث الاول : الرضا في اتفاق التحكيم .

المبحث الثاني : الاهلية .

المبحث الثالث: محل التحكيم والسبب .

ثالثاً: الخاتمة : وتشمل النتائج والتوصيات.

رابعا: المراجع.

خامساً الفهارس .

الفصل الاول: ماهية التحكيم

المبحث الاول : تعريف التحكيم في اللغة والقانون .

المبحث الثاني : طبيعة التحكيم .

المبحث الثالث :مميزات وعيوب وانواع التحكيم .

المبحث الاول :تعريف التحكيم في اللغة والقانون

المطلب الاول :

تعريف التحكيم لغة واصطلاحاً:

اولاً: تعريف التحكيم في اللغة :

للتحكيم في لغة العرب معانٍ عديدة إحتوتها قواميس اللغة العربية ، فالتحكيم مصدر حكُم (تشديد الكاف مع الفتح). يقال :حكمتهن في مالي اي جازه فيه حكمه، واستحكم فلان في مال فلان اي جازه فيه حكمه1.

والمحكَّم هو الشيخ المجرب والمنسوب الى الحكمة ،والكمة هي العدل، ورجل حكيم: عدل حكيم.. واحكم الامر : اتقنه2.

والحكم لله أحكم الحاكمين ، هو الحكيم له الحكم،وقال احد الفقهاء اللغويون:من صفات الله عز وجل الحكم والحكيم وهما بمنعى الحاكم،وهو القاضي فهو فعيل بمعنى فاعل ، او هو الذي يحكم الافعال ويتقنها وهو فعيل بمعنى معفل ويقال ايضأ حاكمه الي الحاكم:اي دعاء وخاصمه والمحاكمة المخاصمة الي الحكام3.

والتحكيم يعني : التفويض في الحكم فهو مأخوذ من حكم وأحكم فأستحكم ،أي صار محكماً في ماله (تحكيماً) اذ جعل الله الحكم فيه ،فأحتكم عليه ذلك .

والتحكيم يقصد به حكم : بالأمر – حكماً: قضى يقال : حكم له، وحكم عليه، وحكم بينهم . والفرس جعل للجامه حكمة . وفلاناً: منعه عن مايريده ورده .حكم:حكما ًصار حكيماً . أحكم :الفرس: حكمه ويقال : احكم فلاناً عن الامر والتجارب ، فلاناً جعلته حكيماً ،والشيء والامر : اتقنه. حاكمه: إلى الله تعالى والي الكاتب والي الحاكم ، خاصمه ودعاءه الى حكمه . والمذنب . واستوجبه فيما جناه . حكمه : حكمه ، ويقال حكم فلان عما يريد فلاناً في الشيء والأمر جعله حكماً.[4]

---

[1] الشيخ الامام محمد ابي بكر بن عبد القادر الرازي ،مختار الصحاح، دار الجيل ،بيروت- لبنان،1407هـ- 1987م،ص 148.

[2] ابن منظور (جمال الدين ابو الفضل محمد بن مكرم) لسان العرب ،دار لسان العرب ،بيروت،711هـ، ج 1،ص688.

[3] ابن منظور (جمال الدين ابو الفضل محمد بن مكرم) لسان العرب،،دار لسان العرب ،بيروت،711هـ، ج 1،ص 151.

[4] د. صلاح الدين الهواري ، المعجم الوسيط المدرسي ، (حرف الحاء) ، دار مكتبة الهلال ، بيروت ، 2007م ، ط1، ص374-375.

التحكيم يطلق بمعنى التفويض في الحكم ، يقال حكمه في الشيء جعله حكماً وفوض إليه الحكم فيه ،وحكمه في الأمر اي أمره ان يحكم [1]، وحكموه بينهم أي أمروه ان يحكم بينهم، ويقال : حكمنا فلان بينا أي أجزنا حكمه بيننا[2]،وفي التنزيل العزيز قوله تعالى{فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴿٦٥﴾} [3].

والتحكيم يراد به المنع واول المنع الحكم فهو منع مع الظلم ، ومعناها التفويض ، وحكم فلاناً في كذا إذا جعل امره اليه وفوضه بالحكم، وحكمه في الأمر تحكيماً أمره ان يحكم، وحكمت الرجل بالتشديد فوضت الحكم اليه ، وامرته ان يحكم فيه . والمحكم : الشيخ المجرب المنسوب اليه الحكم والحكيم : والعالم صاحب الحكمة ،والمتقن للأمور، وكذلك من معانيه حكمت وأحكمت وحكمت بمعنى ورددت ومن هذا قيل للحاكم بين الناس حاكم لأنه يمنع الظالم من الظلم ، وحكموه بينهم أي أمروه أن يحكم[4].

والتحكيم يقصد به حكمه في الأمر، أي فوض الله الحكم فيه وحكموه بينهم ، أي امروه أن يحكم ، ويقال: حكمنا فلان بيننا [5] وقد ورد التحكيم في القران الكريم في آيات كثيرة منها قوله تعالى {وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾} [6].

وكلمة تحكيم Arbitrage في اللغة الفرنسية من فعل حكم Arbiter وهي من الأصل اللاتيني من كلمة Arbistrare وهي تعني التدخل والحكم بصفته حكم ، والتحكيم في خلاف او نزاع والفصل فيه، والتحكيم ي اللغة الفرنسية يعني تسوية خلاف او حكم تحكيمي صادر من شخص او أكثر الذي أو الذين قرر الأطراف بإتفاق مشترك بينهم ، أن يحضعوأ أو ينصاعو له او يتقبلوه[7].

يمكن القول [8]أن التحكيم في المعنى اللغوي يفيد إطلاق اليد في الشيء ،وتفويض الأمر للغير للغير للعمل على فض النزاع او الخلاف بين الخصمين، يقال حكم زيد عمراً في ماله إذا

---

[1]مجد الدين محمد يعقوب الفيروز الشيرازي، القاموس المحيط، ج4،مطبعة دار العلم للجميع، بدون تاريخ،بيروت،ص 98.
[2]محمد بن علي حقبه بن منظور الأنصاري الأفريقي المصري، لسان العرب ،ح12، طبعة دار صادر ، بدون تاريخ، بيروت ،ص142.
[3]سورة النساء (الايه 65).
[4]الفيومي، المصباح المنير ، دار المعارف ،القاهرة ، د ت، ط2 ، بدون تاريخ،ص145.
[5]محمد علاء الدين الحصنكي،شرح الدر المختار ،مطبعة محمد علي صبيح القاهرة ،بدون رقم طبعة ،بدون تاريخ ،ص150.
[6] سورة النساء (الايه35).
[7]Dictionnaire Irpetitroberti,paris1978.p.93
[8]بتصرف من الباحث

أطلق يده فيه والمفوض إليه في الخصومة يسمى حكماً حيث لايوجد إختلاف يبن أهل اللغة في تعريف التحكيم على الإطلاق،ويتضح أن التعريف اللغوي الأنسب للتحكيم هو المحكم هو الشيء المجرب المنسوب الى المحكمة والحكمة هي العدل ، ورجل حكيم ، عدل حكيم .. وأحكم الأمر: أتقنه.

ثانياً: تعريف التحكيم في الأصطلاح :

1-عرفه الفقهاء بعدة تعاريف نذكر منها مايلي :

عرفه الحنفية بأنه تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما، وركنه اللفظ الدال عليه مع قبول الأخر وقيل هو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما، وركنه اللفظ الدال عليه[1]، او ماعرفه البعض بأن التحكيم هو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما[2].

او هو اختيار الخصمين شخصاً أو أكثر غير قاضٍ في الحكم بينهما في المنازعة ويطبق حكم الشرع[3]، أو هو إختيار ذوي الشأن شخصاً او اكثر للحكم فيما تنازعا فيه دون أن يكون للمحكم ولاية القضاء بينهما [4].

2-عرفه المالكية (هو رضاء الخصمين المتنازعين بتحكيم رجل للحكم بينهما[5]).

3-عرفه الشافعية(هو أن يتحاكم رجلان أو خصمان الى رجل من الرعية ليقضي بينهما أو يكون حاكماً ليحكم بينهما في بلد فيه قاض[6]).

4-عرفه الحنابلة (هو أن يتحاكم رجلان الى رجل ، حكماه بينهما ورضياه وكان ممن يصلح للقضاء فحكم يبنهما جاز[7]).

5- عرفه الشيعة الأمامية(هو أن يتحاكم رجلان الى من يصلح للقضاء ليحكم بينهما[8]).

---

[1] ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ،دار المعرفة ،بيروت، بدون تاريخ طبعة ،ج7،ص24.

[2] السيد محمد أمين عابدين،الدر المختار بحاشية رد المحتار ، مطبع مصطفى البابي الحلبي، بدون تاريخ طبع ، بدون سنة طبع ،ج5،ص428.

[3] ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامه المقدسي الشهير بأبن قدامه، المغني ، مكتبة الرياض الحديثة طبعه 1401هـ- 1981م،ج 9، ص 107.

[4] محمد بن محمد بن عرنوس ، تاريخ القضاء في الأسلام ، المطبعة المصرية الأهليه الجديدة، القاهره، بدون تاريخ ،ص175.

[5] محمد بن فرحون اليعمري ، تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام ، مطبعة الحلبي ، بدون تاريخ ، القاهرة – مصر ، ج1، ص55.

[6] ابو زكريا يحي شرف النووي ، المجموع في شرح المهذب ، مطبعة مصطفى الحلبي ، بدون تاريخ ، ج1، ص 97.

[7] ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامه المقدسي الشهير بأبن قدامه،المرجع السابق ، ص 107.

[8] أحمد محمد الحسن سليمان ،التحكيم في القانون الدولي العام (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير جامعة وادي النيل ، 1428هـ- 2007م ، ص15.

6-(هو النظر في نزاع بمعرفة شخص او هيئة يلجأ اليه او اليها المتنازعون مع التزامهم بتنفيذ القرار الذي يصدر في النزاع).

خلاصة القول التحكيم شرعاً يقصد به التعريف الإصطلاحي الذي ذهب اليه الفقهاء ، وهو لايختلف عن المعني اللغوي والذي يفيد إطلاق اليد في الشيء او تفويض الأمر للغير ، ويتضح من عبارات الفقهاء في تعريفهم لمعنى التحكيم وإن اختلفت الألفاظ أن التحكيم هو (تولية وتقليد وتفويض من طرفي الخصومة لطرف ثالث فيما تنازعاه)، وعلى ذلك فان التحكيم يمر بثلاثة مراحل : هي الإتفاق على التحكيم طريقاً لحل النزاع ، والمرحلة الثانية(الإتفاق بين الخصوم والشخص الذي ستولى الفصل في النزاع والمرحل الثالثه تبدأ بإجراء وتنهي بحكم، وفي تقديري أرى أن جميع الفقهاء يتفقون على أن التحكيم هو إتفاق الخصمين المتنازعين على قبول عرض النزاع الذي نشأ او الذي سوف ينشأ مستقبلاً بينهما الي شخص أخر غير القاضي للفصل في النزاع القائم بينهما بالفعل وأختار الرأي الاول وأميل الي الراي الثاني واؤيد الرأي الرابع[1].

[1]بتصرف من الباحث

المطلب الثاني :

تعريف التحكيم في القانون :

اولاً : تعريف التحكيم في القانون الدولى :

عرف فقهاء القانون التحكيم بعدد من التعريفات نذكر منها مايلى :

(هو نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاتهم ، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب ، بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم وفقاً لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار قرار ملزم لهم [1]).

(هو رغبة الأطراف في عدم عرض نزاعهم علي قضاء الدولة ورغبتهم في إقامة محكمة خاصة بهم يختارونها بانفسهم ويحددون لها موضوع النزاع وإجراءات التحكيم ، فإذا كان التحكيم دولياً فهم يختارون القانون الذي يرغبون في تطبيقه فيما بينهم ويعهدون بالفصل في النزاع لأشخاص يختارون لذلك هم المحكمين [2]).

(هو نظام للقضاء الخاص تقضى فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي ويعهد بها الي اشخاص يختارون للفصل فيها [3]) .

(هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين او اشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به [4]).

(التحكيم هو اتفاق اطراف علاقة قانونية معينة عقدية او غير عقدية على ان يتم الفصل في المنازعات التي ثارت بينهم او التي يحتمل ان تثار عن طريق اشخاص يتم اختيارهم كمحكمين او يتولى الاشخاص تحديد الاشخاص المحكمين اوعلى الاقل يضمنون اتفاقهم على التحكيم بياناً بكيفية اختيار المحكمين او ان يعهدوا للهيئة او مركز من الهيئات او مراكز

[1] د. أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004م، ط1، ص19 .
[2] د. ناريمان عبدالقادر ، اتفاق التحكيم ،دار انهضة العربية القاهرة ، 1969م ، ط1، ص 26.
[3] د. محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية) ، دار النهضة العربية القاهرة ، 1999م، ص13.
[4] د. أحمد ابو الوفاء ، التحكيم الاختياري والاجباري ، منشأة المعارف الاسكندرية – مصر ، 1983م ، ص15.

التحكيم الدائمة لتولي تنظيم عملية التحكيم وفقاُ للقواعد اواللوائح الخاصة بهذه الهيئة او المراكز [1])

(هونظام للفصل في المنازعات عن طريق اتفاق اطراف علاقة قانونية معينة على إحالة النزاع الواقع او المحتمل الوقوع على محكم اوهيئة تحكيم او مركز من مراكز التحكيم للفصل فيه بحكم ملزم لإطرافه دون لمحكمة المختصة ويتضمن الاتفاق تعيين اسماء المحكمين او تحديد الجهه التي يعهد اليها بذلك [2]).

(هو اتفاق ذوي الشأن على عرض نزاع معين قائم على فرد او افراد اوهيئة للفصل فيه دون المحكمة [3]).

(هو قانون غير وطني يبتعد عن قانون الدولة ،كما يبتعد عن القانون الدولي العام الذي ينظم علاقات الدول مع بعضها البعض ، لقد اصبح التحكيم الدولي بهذه المثابة نظاماً قضائياً يعلو فوق النظم القانونية الوطنية وضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية [4])

وفي تقديري ارجح واختار التعريف الرابع لانه مناسب وافضل التعريفات على حد علمي .

[1] د. مختار احمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، 1995م، ص5.
[2] عبدالباسط عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، المكتب الجامعي الحديث ،2005م،ط1 ،ص12.
[3] د.فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ،دار النهضة العربية، القاهرة ، 1980م،ص26.
[4] العميد عبد الحميد القاسمي ،بحث بعنوان : محور صور تعاون مراكز التحكيم العربية مع مراكز التحكيم الاجنبية ،مجلة التحكيم العربي ،بدون تاريخ ،ع1، ص129.

نظام التحكيم الدولي في الإتفاقيات الدولية:

اولاً: اتفاقيتي لاهاي سنة 1899م وسنة 1907م:

وضعت هذه الاتفاقية [1] على مرتين الاولي عام 1899م والثانية عام 1907م ، اي ان الثانية هي امتداد للاولى حيث ان المؤتمرين الذين وقعوا على الاتفاقية الاولى اكتشفوا بعد القصور فيها، الشيء الذي دعاهم لاكمال القصور وقاموا باصدار اتفاقية جديدة هي الثانية ، وقد حثت الاتفاقية الدول على اللجوء الى التحكيم عند نشؤ نزاعات بينها:(فمن المرغوب فيه ان تلجأ الدول عند قيام نزاع في هذه المسائل الى التحكيم وذلك بقدر ما تسمح به الظروف)جاء في نصوصها ايضا : (انه من واجب الدول المتعاقدة عند قيام نزاع خطير أن تذكر ان الدول المتنازعة بأن ابواب محكمة التحكيم الدائمة مفتوحة امامها) ونصت هذه المعاهدة على انشاء هيئة تحكيمية سميت فيما بعد بمحكمة التحكيم الدولي الدائمة ولكن هذه المحكمة وان كانت قد سميت كذلك الا انها ليست محكمة بالمعنى المعروف عند اهل القضاء لان مهمتها تحكيمية بحته، اما حول مدى ديمومتها علق احد الفقهاء بقوله :(هذه المحكمة الموصوفة زيفاً بالدائمة لاتستحق اسمها على اي مستوى من المستويات فهي ليست محكمة وليست دائمة وهي انشئت محكمة عابرة ضمن ملاك دائم [2]).

وعدد قضاة محكمة التحكيم الدولي الدائمة خمسة عشر قاضياً ينتخبون من الدول الاعضاء بغض النظر عن جنسيتهم من الاشخاص الذين يكون لهم مكانة اخلاقية عالية، والذين تكون لهم المؤهلات التي تطلب في بلادهم لتولي اعلى المناصب القضائية او المعترف بكفاءتهم كمشرعين في القانون الدولي [3] ويتم الانتخاب من قائمة تشمل مرشحي الدول [4] الاعضاء في القانون الدولي .

ثانياً: تعريف التحكيم في التشريعات الوطنية:

نظراً لاهمية تعريف التحكيم ، فقد حرصت بعض القوانيين على إدراج ذلك التعريف في نصوصها ، حيث كانت قواعد التحكيم في السودان [5] مضمنة ضمن قانون الاجراءات المدنية وسبب ذلك ان المشرع السوداني كان متأثراً بالقانون الهندي الذي اصله انجليزي

---

[1] اتفاقية لاهاي سنة 1899م، وسنة 1907م (المواد 27،38) ،ص75.

[2] شارل روسو، القانون الدولي العام ،الاهلية للنشر والتوزيع ، بيروت- لبنان، 1987، ص314.

[3] لائحة المحكمة الدولية ، المادتين 2،3.

[4] تقوم كل دولة عضوى في عصبة الامم انذاك باختيار عضواً مرشحا لها ومن ثم يتم الاختيار لعدد خمسة عشر عضواً .

[5] صدر قانون التحكيم السوداني في منتصف العام 2005م، اي في2005/6/13م. ووافق عليه رئيس الجمهورية في 2005/6/26م، حيث يعتبر سارياً من التاريخ الثاني ، ويعتبر اول قانون تحكيم بالسودان.

والذي كان يضمن قواعد التحكيم ضمن طائفة قانون الإجراءات المدنية ،وقد صدر القانون الجديد والذي لاول مره يقوم بتعريف التحكيم ويفصل بينه وبين التحكيم الدولي الذي لم يكن معروفاً في القانون السوداني من قبل.

وقد عرف القانون السوداني التحكيم بأنه: (يقصد به اتفاق الاطراف في المنازعات ذات الطبيعة المدنية على احالة ماينشأ بينهم من نزاع قائم بينهم ليحل عن طريق هيئات او افراد يتم اختيارهم بإرادتهم واتفاقهم)[1]وعرف ذات القانون التحكيم الدولي بأنه : (وفقاً لاحكام هذا القانون يكون التحكيم دولياً في الحالات الاتية:

أ- اذا كان المركز الرئيسي لاعمال اطراف التحكيم في دولتين مختلفتين .

ب- اذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط باكثر من دولة [2]

تعريف التحكيم في القانون الفلسطيني :

عرف القانون الفلسطيني التحكيم بأنه: (وسيلة لفض نزاع قائم بين اطرافه وذلك بطرح موضوع النزاع امام هيئة تحكيم للفصل فيه[3])، اما مجلة الاحكام العدلية الفلسطينية فقد عرفت التحكيم بأنه: (عبارة عن إتخاذ الخصمين حاكماً برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما)[4].

تعريف التحكيم في القانون الاردني :

اورد القانون الاردني تعريفاً للتحكيم هو (الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه الاطراف بأن يخضعوا للتحكيم في كل او بعض المنازعات الناشئة والتي ستنشأ بينهم عن التصرفات العقدية او غير العقدية ، ويجوز ان يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد او في صورة اتفاق منفصل[5]).

نظام التحكيم في القانون البحريني [6]:

عرف القانون البحريني التحكيم الدولي بأنه : (هو اتفاق بين الطرفين على ان يحيلا الى التحكيم جميع او بعض المنازعات المحددة التي نشأت او قد تنشأ بينهما بشأن علاقة

---

[1]قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م ، المادة 4 .

[2]قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م ، المادة 7.

[3]قانون التحكيم الفلسطيني لسنة 2000م، المادة 1 .

[4]مجلة الاحكام العدلية الفلسطينية لعام 1968 م، المادة 1790.

[5]قانون التحكيم الاردني ، المادة 2.

[66]كانت البحرين وحتى العام 1994م تطبق قواعد التحكيم التي تضمنتها قواعد قانون الاجراءات المدنية والتجارية حيث نشر في الجريدة الرسمية اول قانون للتحكيم وذلك بموجب مرسوم صادر عن امير دولة البحرين ، وقد تم نشره في الجريدة الرسمية في 1994/8/17م ، وقد اخذت معظم نصوصه من قواعد القانون النموذجي للامم المتحدة .

قانونية محددة تعاقدية كانت اوغير تعاقدية ، ويجوز أن يكون عقد التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد او في صورة اتفاق منفصل [1])

التحكيم في القانون الجزائري :

من المميزات التي تميز بها نظام التحكيم في الجزائر انه فرق بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي وتضمنت قواعد التحكيم ضمن نصوص قواعد المرافعات المدنية الجزائرية وعرفت التحكيم الدولي بانه: (يعتبر دولياً التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية وان يكون مقر او موطن احد الطرفين على الاقل في الخارج [2]).

نظام التحكيم في القانون المصري :

كانت مصر حتى العام 1994م تضمن النصوص التحكيمية ضمن قواعد المرافعات المدنية والتجارية ، حيث صدر في ذلك العام اول قانون تحكيم مصري والمتأمل لنصوص القانون المصري يجدها استمدت من قواعد اليونسترال [3]، وقد حدد قانون التحكيم المصري محكمة استئناف القاهرة لتكون المحكمة المختصة بنظر إجراءات التحكيم الدولية ، فيما ترك الباب مفتوحاً لبقية المحاكم في نظر النزاعات التحكيمية الاخرى ، وقد عرف القانون المصري [4] التحكيم الدولي بانه : (ينصرف التحكيم في حكم هذا القانون الى التحكيم بمقتضى اتفاق والنزاع بارادتها الحرة ، سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة او مركز دائم او لم يكن كذلك).

وجاء القضاء المصري [5]بتعريف واضح للتحكيم ،فقد عرفته محكمة النقض المصرية المصرية في احد احكامها بانه: (طريق إستثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات ، من ثم فهو مقصور على ما تنصرف ارادة المحكمين الى عرضه على هيئة التحكيم).

يمكن القول بان التحكيم في الاتفاقيات الدولية كان متطوراً ومزدهراً وقد اكتشف فقهاء القانون الدولي بعض القصور فيها حيث قاموا بتطويرها ، حيث لاتوجد قواعد تحكيمية

---

[1]قانون التحكيم الدولي البحريني ، المادة 7 فقرة 1.

[2]قانون المرافعات المدنية الجزائري تعديل 1993م ، المادة 458.

[3]هي قواعد دولية وضعتها لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري ، ليهتدي بها المحكمون اثناء الفصل في النزاعات الدولية وهي ذات القواعد التي نقلتها اللجنة الافرواسيوية لتصبح النظام الاساسي لمركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي .

[4]قانون التحكيم المصري رقم 1994/27م ، المادة 4 فقرة 1.

[5]د. الصادق ضرار مختار القاضي بالسطلة القضائية السودانية ، قانون التحكيم لسنة 2005م وتطبيقاته العملية امام المحاكم السودانية ، السلطة القضائية ، ص19 .

دولية بخلاف قواعد التحكيم في الحروبات ، ولاتوجد اي فتوي من فقهاء القانون الدولي تقول بعدم جواز التحكيم ، مماسبق من تعريفات دولية يلاحظ انها تتفق في جوانب وتختلف في اخرى، فهناك من اعتبر ان التحكيم هو قانون ، ومنهم من اعتبره عقداً من العقود ، ومنهم من اعتبره نظاماً قضائياً، ولكنهم يتفقون جميعاً على ان التحكيم هو اجراء لحسم النزاع بناء على رغبة الطرفين ، والتحكيم هو اتفاق اطراف تربط بينهم علاقة قانونية بعرض اي نزاع يحدث بينهم ، او قد يكون حدث فعلاً للتحكيم ليفصل لهم في نزاعاتهم وفقاً للعلاقة القانونية التي اتفقوا عليها ، وافضل تعريف في تقديري للتحكيم في التشريعات الوطنية واقدم ماجاء به المشرع السوداني سابقاً ولاحقاً.

المبحث الثاني : طبيعة التحكيم.

المطلب الاول : طبيعة التحكيم في الشريعة الاسلامية :

التحكيم في المذاهب الاسلامية الاربعة :

أ- المذهب الحنفي:

يعتبر المذهب الحنفي ان التحكيم عمل مشروع ، انطلاقاً من انه مجاز في القران الكريم والسنة النبوية والاجماع والقياس ، وان أئمة هذا المذهب يرون انه مجاز ومشروع على صعيد اجتماعي اخر ، اذ انه يلبي حاجات اجتماعية هامة، اذ يبسط من إجراءات اللجوء الي المحاكم ، وهو اقل منها تعقيداً ، وقد ذهب بعض هؤلاء الائمة الي القول بان المحكم يمارس تجاه الفرقاء المهمه نفسها التي للقاضي، وانه لايتمثل كمصلح بين الفرقاء الابالنسبة للغير ، ويعتبر المذهب الحنفي اخيراً ان التحكيم يقترب كثيراً من التفويض والمصالحة [1].

ب- المذهب المالكي :

ويعطي المذهب المالكي للتحكيم ثقة كبيرة ، الي درجة انه يخول لاحد الفرقاء ان يكون حكماً في قضية اذا كان خصمة قد اختاره لهذه المهمة وتبرير ذلك ان هذا النهج يعيد حل النزاع الى ضمير الخصم ، كماهو الامر في اليمين الحاسمة صحيحة ، التي تقترب في هذا المنحى من التحكيم ، اذ يعمد كلاهما التي تحكيم ضمير الخصم ، ويعتبر المذهب المالكي

[111] ابن عابدين (محمد امين عابدين) ، حاشية رد المحتار على الدر لمختار ، بدون تاريخ ، بدون تاريخ ، ج4 ، ص 282.

من جهه اخرى ان قرار المحكم له الصفة الالزامية ، الا في الحالة التي يبرز فيها في القرار ظلم فاضح ، ومن جهة اخري وفق للائمة هذا المذهب لايكون من نتائج التحكيم كف يد القاضي الذي يحتفظ ببعض من سلطة الرقابة والتاكد ، من ان المحكم لم يصدر قراراً يحتوى على ظلم فاضح. واخيراً ووفقاً للمذهب المالكي فإن نتائج التحكيم محصورة بالفرقاء ، ولايمكن ان يطاول الغير باثارها وقراراتها[1].

ج- المذهب الشافعي :

يعتبر أئمة هذه المدرسة ان تعيين شخص من قبل الفرقاء، مختار من جهمرة الناس العاديين،(اي من الاشخاص الذين ليس لهم منصب قضائي) يهدف للفصل في نزاع قائم فيما بينهم يشكل عملاً سليماً وقانونياً، بغض النظر عما إذا كان هنالك قاضي معين في المكان الذي نشأ فيه نزاع ام لا. وهذا المذهب يبرر شرعية التحكيم استناداً للتاريخ الاسلامي ، حيث ذهب المسلمين الي الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه واختاروه حكماً للفصل في نزاعاتهم. الا ان هذا المذهب يعتبر من جهة اخرى ، ان للمحكم موقعاً ودوراً يقل في أهميته عن موقع القضاة ، اذاً ان بالامكان عزله ، بينما يتعذر ذلك بالنسبة للقاضي هو يعتبر اضافة الى ذلك ان التحكيم تزداد اهميته وضرورته ، في المراحل التي ينتشر فيها الفساد في الجسم القضائي.[2]

د- المذهب الحنبلي:

يعتبر مجتهدي المذهب الحنبلي ان القرار الصادر عن المحكم له نفس الصفة الالزامية التي يتمتع بها حكم القاضي ، والمحكم الذي يقتضي ان يكون اهلاً لممارسة مهام القاضي ، تكون قرارته ملزمة للفريقين الذين عمداء الى تعيينه .[3]

---

[1] ابن فرحون ، تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام ، القاهرة ، 1958م، ج 1، ص 55

[222] الماوردي (ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب) ، ادب القاضي ، بدون ناشر ، بدون تاريخ طبع ، ص379.

[3] ابن قدامه ، المرجع السابق ، ص 107 .

اختلف الفقهاء بشان طبيعة التحكيم من حيث الزاميته ومن حيث تطبيقه :

اولاً: من حيث تطبيقه :

يرى فقهاء الحنفية ان التحكيم في منزلة الصلح ، فما يجوز في الصلح يجوز فيه التحكيم في اي نزاع ما عدا الحدود كالسرقة والزنا والقصاص، كميرى المالكية ان التحكيم جائز في الاموال والجراح ، ولكن لايجوز في المسائل المتعلقة بحق الله تعالى كالحدود والزنا والرده والقتل ويرى بعض الشافعية ان التحكيم جائز في المسائل التي يجوز للقاضي النظر فيها ، ويرى البعض الاخر جوازه في الاموال وعقود المعاوضات ولايجوز في الحدود ، ويرى الحنابلة ان جميع المنازعات يجوز حلها عن طريق التحكيم سواء في المال والقصاص والحدود والنكاح وغيرها.[1]

ثانياً : من حيث الزاميته :

يرى بعض الفقهاء ان القرار الصادر من المحكم ملزم بحسبان ان المحكم هو قاضىً يفترض فيه توافر شروط القاضي، كما يرى اخرون ان القرار الصادر من المحكم لايعد ملزماً الا برضي الطرفين بحجة التحكيم اقل درجة من القضاء لان المحكم لاتتوافر فيه شروط القاضي .[2]

[1] الماوردي ، المرجع السابق ، ص 379.
[2] بتصرف من الباحث

المطلب الثاني

موقف القضاء والفقهاء من الطبيعة القانونية للتحكيم :

من الضرورة تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم الذي ينشأ بموجب اتفاق الطرفين وينتهي بصدور حكم ملزم لان هذا التحديد يقود الى معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ويعين على معرفة وضع الحكم الصادر من حيث الاعتراف به وتنفيذه داخل الدولة التي صدر فيها الحكم او خارجها اذا اخذنا في الاعتبار تباين التشريعات الوطنية والدولية في تنظيم قواعد التحكيم [1].

فالمجتمعات البدائية لاتعرف نظام المحاكم بشكلها الحديث ونظام التحكيم والصلح ونظام الوساطة بين اطراف النزاع هو السائد في العصور القديمة والتحكيم استمر حتى عند قيام الدولة الحديثة وان اليمن ظهرت فيها دول عريقة وقديمة ومنظمة الى درجة تجعلنا نقول ان النظام كان فيها ديمقراطي الي حد ما وقد خص الله سبحانه وتعالى اهل سبا بسورة كاملة ، وقد ورد فيها : {قَالَتْ يَا أَيُّهَا الْمَلَأُ أَفْتُونِي فِي أَمْرِي مَا كُنتُ قَاطِعَةً أَمْرًا حَتَّىٰ تَشْهَدُونِ ﴿٣٢﴾} [2].

ان القبائل استطاعت المحافظة على كيانها واستقلالها وبالتالي ظل التحكيم القبلي يلعب الدور البارز في حل المنازعات في تلك الفترات ويدل على ذلك المجالس القبلية والتي كانت تشارك الملوك انفسهم بحل المنازعات بين الافراد .[3]

والتحكيم لجأ اليه الانسان للفصل في منازعاته التي قد تنشأ بينه وبين اقرانه بالفطرة وللضرورة فوجد الانسان نفسه مضطراً الى اللجوء اليه لان ضرورة الحياة تقتضي المحافظة على نوع من الاستقرار والامن ولايتوفر ذلك الا بوسيلة لفض الخصومات التي تنشأ بين الافراد . اذ ان الانسان بطبيعته اناني ويحب الغلبة وهكذا وجد الانسان نفسه مضطراً الى طرف ثالث للفصل فيه ،ومن خلال ذلك كان مصدر التحكيم الاتفاق والارادة ولكن بتطور الجماعة خطوة نحو الرقي والتقدم والاخلاق وبظهور الدولة الحديثة صار إجباراً . ويتضح لنا ان التحكيم تتطلبه ضرورة الحياة عند غياب الدولة الحديثة وعند ضعفها وقهرها ، اما اذا وجدت الدولة صار التحكيم اختياراً ووسيلة موازية للقضاء لتحقيق العدل في المجتمع [4]

---

[1] د. ابراهيم احمد ابراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، دار النهضةالعربية ، 2000م ، ط3 ، ص26.

[2] سورة النمل الاية (32).

[3] د. جواد على ، المفصل في تاريخ العرب ، ج 2، الميداني ، بدون تاريخ طبع ، ص109.

[4] د نجيب احمد عبد الله ثابت الجبلي ، التحكيم قبل الاسلام ، المكتب الجامعي الحديث ، جامعة صنعاء ، 2006م، ص58.

لقد ثار خلاف بين الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، ومبعث هذا الخلاف ان التحكيم نظام تعاقدي في نشأته وقضائي في وظيفته، فهنالك من قال ان التحكيم تغلب عليه صفة التعاقدية، وهنالك من قال انه من طبيعة قضائية، ومن أخذ بموقف وسط بمقتضاء اعتبار نظام التحكيم مزيج بين العنصرين السابقين فهو يتسم بطبيعة مختلطة او ممزوجة [1] ولمزيد من الايضاح تناول هذه الاراء بايجاز في الاتي :

اولاً : الطبيعة التعاقدية للتحكيم :

يرى انصار الطبيعة التعاقدية للتحكيم بان التحكيم عمل تعاقدي مستمد من إتفاق الخصمين بإحالة نزاعهما اليى التحكيم دون القضاء الوطني ، هذا الاتفاق يجعل حكم التحكيم نهائي وملزم عير قابل للطعن والاستئناف، ويرون ان المحكمين ليس قضاة بل اشخاص مكلفون بمهمة تنفيذ اتفاق الطرفين ، ويرون كذلك ان ارادة الاطراف باللجوء الى التحكيم يجعل التحكيم ذو طابع تعاقدي لاقضائي بالرغم من ان التنفيذ يتم بواسطة القضار او بإشرافه، على ان الخصائص التي يتمتع بها التحكيم من السرعة والسرية وتحكيم شخص غير قضائي يضفي على التحكيم الصفة التعاقدية لا قضائية، هذه النظرية كان يسندها الفقة الفرنسي في الحكم الصادر من محكمة النقض بتاريخ 27/يوليو/ 1937م[2] الا ان هذه الاتجاه تغير ابتداء من حكم المحكمة العليا الصادر بتاريخ 22/اكتوبر/1949م[3] كما ذهب على هذا النحو الفقة المصري الي حين صدور حكم المحكمة الدستورية في 26/نوفمبر /1999م بموجبه تم اسباغ الصفة القضائية للتحكيم .

ثانيا: الطبية القضائية للتحكيم:

يرى انصار هذه النظرية ان التحكيم نوع من القضاء يتم عن طريق حسم النزاع تطبيقاً لارادة القانون ، وبالتالي فان المحكم يعتبر قاضياً وحكمه ملزم ويحوز حجية الامر المقضي فيه، وبذلك يعتبر بديلاً عن القاضي الاجباري، ويبرر هؤلاء ماذهبوا اليه ان الاطراف عندما يتفقوا على احالة نزاعهم للتحكيم بدلاً من القضاء انهم لاينزلون عن الاتجاه الي القضاء الرسمي لصالح قضاء اخر، وعلى هذه النظرية ذهب القضاء الفرنسي مؤخرا وكذلك البلجيكي

[1] د/ناريمان عبد القادر ، المرجع السابق، ص52.
[2] د.ابوزيد رضوان ، الاسس العامة للتحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، 1981، ص30
[3] د.ابوزيد رضوان ، المرجع السابق، ص 25.

والاردني والمصري ، ولكن هذه النظرية واجهت نقداً بحجة ان المحكم لايملك سلطات القاضي في جبر الشهود بالحضور وكذلك تنفيذ الحكم[1].

ثالثاً: الطبيعة المختلطة للتحكيم:

يرى انصار هذه النظرية ان التحكيم ليس إتفاقاً محضاً ولاقضاءً محضاً وانما هو نظام يمر بمراحل متعددة، يلبس في كل منها لباساً خاصاً ، ويتخذ طابعاً مختلفاً، فهو أوله وإتفاق وفي اوسطه إجراء وفي اخره حكم[2].

ان النظام التحكيم نظام قانوني عرفه العالم منذ زمن طويل جداً ويرتبط ظهور التحكيم إرتباطاً وثيقاً بظهور القضاء حيث ان كليهما وسيلة كل المنازعات وهو يحكم التعامل بين الامة الاسلامية وغيرها من الامم[3] ، هنالك اتجاه في الفقة الحديث هنالك اتجاه يذهب الى ان التحكيم نظام مستقل لاتعاقدي ولاقضائي ولامختلط، ذلك ان التحكيم نشأ قبل القضاء المنظم وتطور الى ماهو عليه الان بعد تقنينه وتنظيمه عن طريق التشريعات والوطنية والاتفاقات الدولية ومؤسسات التحكيم الفنية المختصصة.

طبيعة التحكيم في الفقة الاسلامي من حيث النتائج التي تترتب عليها:

إجراءات التحكيم وطريقة الفصل في النزاع من حيث التطبيق العملي تنقسم الي طائفتين من الفقهاء:

الطائفة الاولى: ترى ان التحكيم هو تحكيم بالصلح والتفويض . وذلك استناداً لقول الله تعالى{وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾}[4] . ويجوز التحكيم عندهم في اي نزاع ماعد الحدود كالقصاص والسرقة والزنا وهذا قول الحنفية والشافعية ، وبينما يرى المالكية ان التحكيم جائز في الاموال والجراح،لكن لايجوز في المسائل المتعلقة بحق الله تعالى مثل الحدود كالردة والقتل والزنا، بينما يرى الحنابلة ان جميع المنازعات يجوز حلها عن طريق التحكيم سواءاً في القصاص والحدود والمال والنكاح وغيرها.

---

[1] د.ابراهيم محمد أحمد دريج ، التحكيم الداخلي الدولي والنظرية، 2013،ص36.

[2] د.ابراهيم محمد أحمد دريج، المرجع السابق، ص33.

[3] تصرف الباحث

[4] سورة النساء الاية (35)

الطائفة الثانية : ترى ان النحكيم هو تحكيم الزامي استناداً لقول الله تعالى {إِنَّ اللَّـهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ۚ إِنَّ اللَّـهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ ۗ إِنَّ اللَّـهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴿٥٨﴾}[1] .

وهذا قول المالكية والحنابلة .

يمكن القول ان التحكيم في الفقة الاسلامي والقانون الوضعي يتفق فيه الفقهاء جميعاً فقهاءً وقانوناً، ويشترطون في المحكم مايشترطون في القاضي ويختلفون فقط في امكانية جبر الشهود بالحضور وحبسهم اذا تخلفوا عن ذلك.

[1] سورة النساء الاية (58)

المبحث الثالث : مميزات وعيوب وانواع التحكيم

المطلب الاول:

مميزات وعيوب التحكيم :

في ظل التطورات الداخلية والدولية في المجالات المختلفة التجارية منها والقانونية وعلى الرغم من قيام الدولة الحديثة وانشاء السلطة القضائية المنظمة التي يلجأ اليها الاطراف لحسم خلافاتهم ، وبما ان التحكيم نشأ قبل قيام القضاء المنظم واستمر الى جانبه، بل تم تفصيله في بعض الاحيان بالجوء الى التحكيم لفض النزاع وذلك لم يكن من فراغ بل له مزايا عديدة ، وبالرغم من ان هذا يوثر التسائل الاتي:لماذا يحجم اطراف العلاقة القانونية عن اللجوء عن القضاء المنظم والاختكام الى قضاء التحكيم ؟ ان اختيار الاطراف الخروج عن القضاء المنظم الي التحكيم يقود الى وجود مميزات عديدة في التحكيم،اصة في مجال التجارة الدولية ، هذه المميزات جعلت التحكيم يحظى بقبول لدى اغلبية الدول ممادفعها للنص علية في انظمتها القانونية والاقتصادية وغيرها ، هذا القبول يؤكد ان التحكيم هو الوسيلة المثلى لفض النزاعات التجارية الداخلية والدولية للمزايا التى يتمتع بها نذكر منها على سبيل المثال:[1]

1. السرعة بساطة الاجراءات:

من مزايا التحكيم السرعة في انهاء الاجراءات وبالتالي حسم النزاع في فترة حيزة ، ذلك لان هيئة التحكيم لاتتقيد بإجراءات التقاضي العادية ومواعيدها وبالتالي تتفادى البطء في الاجراءات ، كما ان هيئة التحكيم متفرعة لفض خصومة واحدة ممابييسر لها حسمها في وقت وجيز ، هذا على عكس القضاء الوطني المثقل بكثرة القضايا [2] وبطء الاجراءات الناتجة من المسائل الشكلية والاستئنافات المتكررة التي اغلبها القصد منها تعطيل الاجراءات، هذا التباطؤ في الاجراءات لايتواءم مع متطليات التجارة الدولية التي تحتاج السرعة في حركة الاموال وتنفيذ الالتزامات والتعهدات والذي ساعد في ذلك التطور التكنولوجي المتعلق بوسائط الاتصال والمواصلات وغيرها[3].

---

[1] د.ابراهيم محمد احمد دريج ، مقدمة في التحكيم ، شركة مطابع السودان للعملة ، بدون تاريخ، ص 10.

[2] في السودان نجد امام بعض القضاة جلسات تفوق العشربن في اليوم الواحد بعضها اجراءات اولية ، وبعضها متقدمة

[3] بطء الاجراءات امام محاكم السودان موجود بكثرة يكفله قانون الاجراءات المدنية لسنة 1983م ، وهذا التياطؤ والتطويل في الاجراءات جعل بعض القضايا تستغرق اكثر من سبع سنين دون ان يتم الفصل فيها .

هذه السرعة[1] وهذه الميزة هي التي دفعت واضعي التشريعات الوطنية وقواعد الإتفاقيات الدولية النص على مادة معينة للفصل في النزاع، على عكس القضاء الوطني ، وعلى الرغم من ذلك فهنالك عدة قضايا تحكيمية استغرقت وقتاً طويلاً للفصل فيها منها قضية (أرامكو) بين الحكومة السعودية والشركة العربية الأمريكية للزيوت، حيث استغرقت هذا النزاع امام المحكمين ثلاث سنوات(1955-1958م).

2. المرونة:

يفضل البعض التحكيم للمرونة ، من حيث دورهم في إختيار المحكمين ، وتحديد الموقع المواعيد حسب رغبتهم ، بالإضافة لعدم وجود الرهبة التي تكون عادة عند المحاكم.

3. السرية :

إجراءات التحكيم وجلساتها تتم دائماً في سرية تامة سواء في جلسات الإثبات او المرافعة أو النطق بالحكم ، على عكس الحكم في القضاء الوطني ،حيث لايحظر حضور غير أطراف الدعوى جلسات نظر الدعوى، بالإضافة الي خروج ملف الدعوى من يد القاضي الي موظفي المحكمة وإمكان الإطلاع عليها بواسطة الموظف وطرفي النزاع، وميزة السرية تصب في صالح طرفي النزاع لأنها تحفظ لهما أسرارهما التجارية والصناعية ، وكم من تاجر يفضل خسارة دعواه على كشف أسرار تجارته أو صناعته، والتي تمثل في نظره قيمة أعلى من قيمة الحق الذي يناضل من أجله في الدعوى، هذه السرية أيضاً تؤدي الي أبقاء العلاقات التجارية بين المتنازعين مستمرة حتى بعد الفصل في النزاع[2]،لأن الحكم يصبح كأنه صادر من مجلس توفيقي بخلاف الحال لو صدر من المحكمة – لكن هذه السرية لها جانب سلبي في جعل الإرث التحكيمي سرياً، ومن الصعب ان يتوارثه الأجيال وهذه مانراه من خلال الواقع ، وأن إجراءات التحكيم تختلف من شخص لأخر من دولة الى اخرى ،ولكن في أونه الأخيرة هنالك تطور في مسألة نشر قضايا وأحكام التحكيم خاصة بواسطة المراكز المتخصصة.

4. التخصص:

[1] د. ابراهيم محمد احمد دريج ، المرجع السابق ، ص 38.

[2] حدث كثيرا في انحاء شتى من السودان اقتتال الاطراف بعد صدور حكم المحكمة وادانتها للمتهم او برائته واحدث مثال لذلك ماحدث امام محكمة بورتسودان في شهر مارس 2003م حيث تهجم افراد من قبيلة النوراب على ناظر قبيلة البني عامر وقتله بحجة انه تستر على المتهم الهارب .

أحياناًعند نظر القاضي الى قصية ما، قد يحتاج الى تعيين خبير للحصول على رأي فني في الدعوى، بينما نجد أن المحكم يتميز بأنه غالباً مايكون خبيراً في موضوع النزاع مثلاً: اذا عرض نزاع في عقد من عقود التشييد ،جاز للمحتكمين أن يختاروا مهندساً للفصل في خصومتهم بينما لايتوفر لهم هذا الخيار أمام قضاة الدولة[1].

فالقاضي الذي يقع النزاع أمامه ، قد يكون خارج نطاق تخصصه او خبراته العملية فيستغرق وقتاً طويلاً في الفهم ، بالتالي وقتاً اطول في النظر ، بعكس المحكم الذي يكون السبب الأساسي في إختياره هو تخصصه في موضوع النزاع.

5. رضا الأطراف :

(يرجع عزوف الأطراف نزاعهم أمام المحكمة المختصة ، الى الثقة والإطمئنان في القانون ، او القواعد التي يتم أختيارها بواسطتهم ، وكذلك ثقتهم في الشخص الذي يتم تعينه للفصل بينهما ، وذلك لما يتمتع به المحكم من خبرة وكفاءة وإختصاص، وبالتالي رضا الأطراف بالقرار الصادر منه ، بخلاف المحكمة، والذي يتم إختيار القاضي بواسطة رئيس المحكمة ، دون مشورة أطراف النزاع ، لذلك فأن الحكم الصادر منها يتميز بالقهر والإجبار ، وبالتالي تثور عدة صعوبات في تنفيذه.

اضف الى ذلك رضائية الأطراف بالجوء الى المحكم يجعل الشاكي يقدم شكواه بصورة محددة وبشفافية وبلامزايدة ، وقد يستغني حد بتكليف محامي او مترافع وبالتالي فإن جلسات نظر النزاع قد تنعقد في مكتب اومنزل او في الهواء الطلق ،بينما في المحكمة فهنالك ضغائن وقواطع بين المتنازعين وقد نجد هنالك حراسة من الشرطة ، وسياج يفصل القاضي عن المتنازعين عن بعضهم البعض ، كما أن امكانية التسوية والتوافق بين الطرفين من السهولة نسبة للطابع شبه الودي للتحكيم ، وللمرونة التي يتمتع بها المحكم في الوصول لحكم عادل ومنصف ، من خلال مراعاة العلاقة بين الطرفين والأعراف وخلافها ، بينما القاضي يطبق القانون[2]).

6. استقلال محكمة التحكيم :

[1] د. القصيمي صلاح احمد محمد طه ، الخرطوم ،عقد التحكيم واجراءاته ، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة ، 2014م ، ط2 ، ص80.

[2] د. ابرهيم محمد احمد دريج ، مرجع سابق ، ص 39.

يمتاز التحكيم بالعدالة المرنة التي تراعي مصالح الأطراف والظروف التي أدت الي قيام النزاع بين الأطراف ، بإلاضافة الي أن المحكم ليست له سلطة الأ لما يتفق عليه الأطراف ، والعكس في الفضاة العادي فإن القضاة فيه مكلبون بالقانون، ويلتزمون بمراعاة نصوصه بحيث اذا جاءت أحكامهم على خلاف النص في معيبة واجبة النقض.

من مظاهر هذا الإستقلال اختصاصها بنظر طلبات رد أعضائها، واختصاصها بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها ، لكن هذا الاستقلال ليس على إطلاقه، إذ هنالك مسائل لابد من الرجوع إليها لقضاء الدولة كألأمر بأخذ إجراءات التحفظية وإيداع القرار للتنفيذ ، بالإضافة الي مراعاة المبادئ العامة للتقاضي الخاص بالعدالة وإحترام حقوق الدفاع وقواعد النظام العامة المتعلقة بإجراءات سير المنازعة[1] .

7. قلة التكاليف المالية :

بسبب قصر مدة الفصل في النزاع ، على عكس التقاضي أمام قضاة الدولة الذي يكلف الأطراف مبالغ مالية طائلة تتمثل في مصروفات الإنتقال من وإلي المحكمة ،إحضار الشهود والخبراء بالإضافة الي الرسوم القضائية وأتعاب المحاماة ونحو ذلك.

8. إستقرار القانون أوالقواعد الواجبة التطبيق :

يعتبر التحكيم بمثابة تأمين لشركات الإجنبية المتعاقدة ضد التعديلات التشريعية المفاجئة التي قد تخل بالتوازن الاقتصادي للعقد، وخاصة عندما يكون المحكم مفوضاً من قبل الأطراف للفصل في النزاع ، وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف، لأن المحكم في هذا الحالة لايلتزم بتطبيق قانون دولة معينة[2].

9. ضمان الإستثمار :

دخل مصطلح الإستثمار في قاموس التجارة الدولية حديثاً ، وأخذ موقعه بقوة لأهمية الإستثمار وضخامة الأموال التي تنفق في مشروعاته التي تحتاج للضمانات التي تحفظ إستمرار والحصول على عائدها ، ونسبة لتخوف مستمر خاصة الأجنبي من القرارات التي تصدرها الحكومات بالمصادرة والتأميم وإنهاء العقود تحت غطاء إعمال السيادة الوطنية ،

[1] د. عبدالحميد المنشاوي ، التحكيم الدولى والداخلى ، في المواد المدنية والتجارية ، طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994م ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، 1995م ، ص10.

[2] د. سراج ابو زيد ، التحكيم في عقود البترول ، مركز تحكيم حقوق عين شمس ، 2001م، ص 41.

والظروف الطارئة وخلافها ، الامر الذي قد نجد له سند في القوانين الوطنية ، فأن النص في العقد على حل الخلافات عن طريق التحكيم يعتبر السبيل والضمأن الأمثل[1].

10. الحياد:

يضع التحكيم الأطراف على قدم المساواة بالنسبة للإجراءات وتعتبر هذه الميزة عند تهيئة التحكيم عندما تكونا مستقلة تكون مستلقة عن المحتكمين ومحايدة.

11. معرفة الأطراف تاريخ صدور الحكم:

يتميز التحكيم في أن المحتكمين من خلال مشارطة التحكيم أو من خلال القانون تكون لديهم معرفة بتاريخ صدور الحكم ، وذلك بوجوب تحديد المده التي ينتهي فيها التحكيم في المشارطة ، أو بالرجوع للقانون والإلتزام بالمدة المحددة فيه حيث جاء نص المادة (32) من قانون التحكيم بتحديد 6 اشهر كمدة للتحكيم لايجوز تجاوزها الإ بالتمديد وهذه الميزة لاتتوفر في قضاء الدولة ومن خلال معرفة مدة التحكيم يمكن للمستثمر التخطيط الي مستقبل استثماراته.

12. نهائية حكم التحكيم :

لاتخضع القرارات التحكيمية [2] لطرق الطعن التي تعرفها الأحكام الصادرة عن المحاكم ، ولها حظوظ كثيرة في أن تكون نهائية ، وقد نصحت على ذلك صراحة المادة(47) من قانون التحكيم السوداني حيث جاء النص (لايجوز إستئناف الأمر الصادر من المحكمة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم). ولكن يمكن فقط الطعن بالبطلان في أمور حددها الفقه في اضيق نطاق حصرها المشرع السوداني في المادة (41) من قانون التحكيم لسنة 2005م.

ثانياً: عيوب التحكيم :[3]

على الرغم من المميزات سالفة الذكر ، إلا هنالك انتقادات وجهت لقضاء التحكيم نذكر منها علي سبيل المثال:

[1] د. القصيمي صلاح احمد محمد طه ، المرجع السابق ، ص81-82.
[2] د. القصيمي صلاح احمد طه ، مرجع سابق ، ص 80.
[3] د. ابراهيم محمد احمد دريج ، مرجع سابق ، ص 41-42.

1. جهل بعض أعضاء هيئة التحكيم بطبيعة المعاملة موضوع النزاع وإجراءات التقاضي وإنحياز بعضهلم للجهات التي قام بأختيارها، يؤدي إلي إصدار أحكام مخلة ضاره بطرفي النزاع أو أحدهما.
2. عدم إشتراط التسبيب في بعض قواعد وقوانيين التحكيم يؤدي الي إصدار أحكام غامضة وقاصرة ومفتقرة الي البينات التي استند عليها المحكمون لإصدار القرار .
3. لايستطيع الأطراف تنفيذ بعض القرارات التحكيمية الأبعد الحصول على الصيغة التنفيذية من السلطة القضائية الوطنية في البلد الذي يراد التنفيذ فيه .
4. صعوبة تنفيذ بعض القرارات التحكيمية بسبب التلكؤ الصادر من بعض المنفذ ضدهم الحكم وبسبب تقاعس السلطات المختصة في دولة التنفيذ في بعض الأحيان.

مما سبق ذكره أري في تقديري بانظر إلي ماعليه العمل بالتحكيم في السودان الأن، أجد أن هذه السلبيات (العيوب) تتضاءل أمام تلك ألإيجابيات (المميزات) أخذاً في الأعتبار التطور الذي يشهده العالم اليوم خاصة في العلاقات التجارية الدولية ، وأرجح المميزات وأميل الى السلبيات .

المطلب الثاني :

أنواع التحكيم :

اولاً: أنواع التحكيم في الفقة الإسلامي :

التحكيم في الفقة الإسلامي نوعان تحكيم داخلي وتحكيم دولي، فالتحكيم الداخلي هو الذي يجري للفصل في المنازعات التي تحدث بين الشعب الذي يعيش داخل إقليم الدولة الإسلامية فيما بينهم، أما الدولي فهو الذي يجري للفصل في النزاعات بين السلطة العليا للولة الإسلامية وغيرها من الدول الأخرى.

1. نظام التحكيم الوطني (الداخلي) في الفقة الإسلامي :

وهذه النوع أيضاً ينقسم الى قسمين القسم الأول أو النوع الأول هو التحكيم بين الأزواج والثاني هو التحكيم بين عامة الشعب فيما بينهم.

اولاً: التحكيم بين الأزواج:

ودليل هذا النوع من القران الكريم قوله تعالى{وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾} [1] أي أنه في حالة الشقاق بين الزوجين يأمر الله تعالى بحل ذلك النزاع بإبتعاث الحكام من طرف كل جانب ليقرروأ في أمر ذلك النزاع كما قال أحد الفقهاء:

(اذا وقع االشقاق بين الزوجين اسكنهما الحاكم جنب ثقة ينظر في أمرهما، ويمنع الظالم منهما من الظلم فإن تفاقم أمرهما وطالت خصومتهما بعث الحاكم ثقة من أهل المراة وثقة من قوم الرجل ، ليجتمعا فينظروا في امرهما ويفعلان مافيه المصلحة مما يريانه من التفريق او التوفيق [2])

اورد القانون السوداني (اذا لم يثبت الضرر واستمر الشقاق بين الزوجين وتعذر الاصلاح وعادت الزوجة بعد ثلاث اشهر لطلب التطليق فيعين القاضي حكمين من اهلمهما، وان امكن والا في من يتوسم فيهما القدرة على الاصلاح، ويحلف القاضي الحكمين على ان يقوما بمهمتهما بعدل وامانة ويحدد لهما مدة التحكيم ، يجب على الحكمين تقصي اسباب

[1] سورة النساء الاية (35)

[2] الامام ابي الفداء الحافظ ابن كثير الدمشقي ، تفسير القران الكريم ، مطبعة دار الفكر ،بيروت لبنان ،ص 1992، ج1،ص61.

الشقاق ، وبذل الجهدى للاصلاح بين الزوجين ، ويقدم الحكمين الى القاضي تقريراً عن مساعيهما متضمناً مدى اساءة كل من الزوجين او احدهما للاخر أو اقتراحاتهما [1].

وقال احد الفقهاء:(إنما اراد الله تعالى بالحكمين وارادة ولاة العلم للإصلاح لما فسد من الزوجة لزوجها فان ذلك ياتي تخاطرا منها بما لا ينبغي ان يكون فيه الغرضش فإذا كان ذلك منهم الى رجل اجتمعا عليه، هل يكون بمنزلة الحكمين لهما جميعاً قال المالكية: نعم يجوز انما هو امورهما التى لو اخذاها دون من يحكم [2]).

ويتفق الفقه على مهمة الحكمين هي الصلح ابتداء بين الخصمين فإن ابوا فانهم يرجعوا الى اصل الخصومة فإن وجدوا الظلم من جانب الزوج طلقوا منه زوجته وفرضوا عليه النفقة ، وإن وجدوها من جانب الزوجة طلقوها وحرموها النفقة هذا يرافق جمهور الفقهاء ويوافق من سار عليه العمل الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين، بالرغم من ظاهر الاية ان مهمة الحكمين تقتصر في الصلح بين الخصوم لقوله تعالى {وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾}[3].

ثانياً : التحكيم في المنازعات بين الافراد:

(قد تحدث الخصومة بين متنازعين غير ازواج فقد يكون النزاع بين أشخاص في تعامل تجري او غيره من معاملات الحياة، ويجوز الفقه الاسلامي ايضاً ان يعرض هذا النزاع على المحكمين للفصل فيه ودليل ذلك قوله تعالى :{فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴿٦٥﴾}[4].

وفي هذه الاية الكريمة قسم من الخالق الله تعالي(انه لايؤمن أحد حتى يحكم الرسول صلى الله عليه وسلم في اموره، ودليله في السنه ابو شريح الذي تقدم[5]).

ثالثاً: انواع التحكيم في القانون:

---

[1] قانون الاحوال الشخصية للمسلمين السوداني لسنة 1991م، المادتين (163-164).

[2] الامام مالك بن انس ، المدون برواية سحنون، مطبعة السعادة، مصر ، 1323هـ،ج2،ص370.

[3] سورة النساء الاية(35).

[4] سورة النساء الاية (65).

[5] ابي عبدالله محمد بن عمر بن واقد الواقدي ، فتوح الشام دار الكتب العملية ، بيروت ، لبنان، 1997م،1417، ط1،ج1،ص207.

1-انواع التحكيم من حيث الارادة:

أ- (التحكيم الاختياري ينبع من اتفاق الطرفين على حل نزاعهما بعيداً من القضاء الوطني ، وتلعب إرادتهما دوراً مهماً في اختيار المحكمين وتحديد مكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق وكيفية تحديده، هذا التحكيم الاختياري يكون عن طريق التحكيم الحر ad hoc arbitration وهو التحكيم الذي يتم فيه اختيار المحكم بواسطة الخصوم مباشرة للنظر في النزاع دون إحالة ذلك الي هيئة او مركز او مؤسسة دائمة التحكيم والذي يسمى بالتحكيم النظامي او المؤسسي Institutional Arbitration، كما ان التحكيم الاختياري يكون مقيداً اذا ألزم الطرفان المحكم على تطبيق قواعد القانون الموضوعي ويسمى التحكيم بالقضاء، كما قد يكون طليقاً اذا تركا الحرية للمحكم للفصل في النزاع وفقاً لما يرى وهذا يسمى تحكيم الصلح)[1].

ب- التحكيم الاجباري :

الاصل في اللجوء الى التحكيم حرية الارادة ، الا ان المشرع قد يوجب في بعض الاجوال الالتجاء الى حل النزاع عن طريق التحكيم بحيث لا يجوز مطلقاً الالتجاء الى القضاء العادي وهذه هو التحكيم الاجباري [2] هذا التحكيم على نوعين اولهما يفرض المشرع التحكيم ويترك للخصوم حرية اختيار المحكم وتحديد إجراءات التحكيم ، وثانيهما تدخل المشرع وفرض تنظيم إلزامي لاجراءات التحكيم فلايكون لإرادة الخصوم اي دور في التحكيم الاجباري او المؤسسي وقد يكون مقيداً او طليقاً كما في التحكيم الاختياري.

2-انواع التحكيم من حيث المحل:

ينقسم التحكيم من حيث المحل الى تحكيم داخلي وتحكيم أجنبي أو دولي.

[1] د. ابراهيم محمد أحمد عبدالله ، التحكيم الدولي الداخلي (النظرية والتطبيق)شركة مطابع السودان للعملة ، الخرطوم ،2010م، ط3، ص27.
[2] د.ابراهيم محمد أحمد ابراهيم ، المرجع السابق ،ص28.

أ. التحكيم الوطني او الداخلي :

اذا كانت جميع عناصره تنتمي الى لدولة واحدة(طبيعة المنازعة ، الاجراءات ، القانون الواجب التطبيق).

ب. التحكيم الاجنبي أو الدولي :

دار خلاف حول معيار الدولية للتحكيم ، هل من حيث القانون الواجب التطبيق على إجراءات النزاع (قانون وطني او اجنبي ، او نصوص اتفاقية دولية)، ام حيث مكان صدور حكم التحكيم، ام حيث طبيعة النزاع، ام العبرة بجنسية المحكم وجنسية الخصوم ، ام العبرة بمكان المحكمة المختصة اصلاً بنظر النزاع [1]

نظام التحكيم الدولي هو احدى الوسائل الفاعلة في حل كثير من المنازعات الدولية (التحكيم الذي ينتزع اختصاص المحاكم وهو نظام يهدف الى ايجاد حل لموضوع يتعلق بالطرفين او اكثر ، وذلك بواسطة شخص او اكثر اي المحكم او المحكمون الذي او الذين يستمدون سلطاتهم من عقد خاص يحكمون ويبتون على اساس العقد دون ان يكون للدولة دخل في هذه الوظيفة) [2] .

يعتبر التحكيم دولياً اذا كان موضوعه متعلقاً بالتجارة الدولية اذاً فمعيار دولية التحكيم هو إرتباطه بالتجارة الدولية ، وقد وضع المشرع السوداني نصاً صريحاً على تعريف التحكيم الدولي في القانون السوداني [3]على النحو التالي (وفقاً لاحكام هذا القانون يكون التحكيم دولياً في الحالات الاتية :

أ- اذا المركز الرئيسي لاعمال اطراف التحكيم في دولتين مختلفتين.

ب- اذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم مرتبطاً باكثر من دولة .

(نرى ان المشرع السوداني قد اغفل شرطا مهماً وهو اتفاق الاطراف على اللجوء الى مركز تحكيم دوله مقره في دولتهم او اتفاقهم على دولية التحكيم عبر قانون دولة اخرى ، طالما ان

[1] عبد الحميد المنشاوئ ، مرجع سابق ، ص19.
[2] د. عبد الحميد الاحدب المحامي، موسوعة التحكيم الدولي ، دار المعارف ، بدون تاريخ نشر بدون طبعة ، ح2، ص 3.
[3] قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م، المادة (7) أ،ب .

التحكيم اساس رضاء الاطراف ، فاتفاق الاطراف في هذه الحالة من باب اولى ان يعتبره المشرع تحكيماً دولياً)[1].

3-التحكيم متعدد الاطراف :

هو التحكيم الذي يتعدد فيه المدعون او المدعي عليه او الانسان معاً. وقد اشار المشرع السوداني التى التحكيم متعدد الاطراف في القانون السوداني (في حالة التحكيم بأكثر من محكم يقوم كل من الطرفين باختيار عدد من مماثل المحكمين على ان يتفق المحكمون على رئيس الهيئة وكيفية اختيارهم وفي حالة فشلهم يتم اختياره بواسطة المحكمة المختصة بناء على طلب احد الاطراف) [2].

4-التحكيم السياسي الدولي :

(التحكيم السياسي الدولي وهو وسيلة تقليدية من وسائل تسوية النزاعات ، عرف منذ القدم لجأ اليه الافراد والجماعات ومن ثم الدولة لتصفية مراكز الخلاف بغية الوصول الي الاستقرار والهدوء وتحقيق سيادة القانون بدلاً من سيادة القوة.

فقد عرفته جماعات الشرق القديم، فقد عرفته مصر الفرعونية وبابل وأشور وهي من اكبر المجموعات الدولية في العصور القديمة في علاقتها المتبادلة، وعرفته كذلك مدن اليونان القديمة ، كما عرفته القبائل العربية القديمة والعشائرية العربية، وكذلك عرف السودان قديماً في شكل فض النزاعات الحدودية بين قبائل السودان المختلفة وحديثاً في لجوء السودان الى عرض نزاع ترسيم الحدود في منطقة ابيي الى محكمة العدل الدولية (لاهاي) ،وكذلك التحكيم الذي تم بين الولايات المتحدة الامريكية وبريطانيا(قضايا الاباما) وكذلك التحكيم الذي تم بين اسرائيل ومصر في ارض مصر ويعمل هذا التحكيم السياسي الدولى على فض النزاعات بين الدول والمنظمات الدولية). [3]

يمكن القول بأن الفقه الاسلامي يختلف عن القانون في انواع التحكيم ، اذ ان الفقة الاسلامي حصرها في نوعين داخلي وخارجي ، والقانون قام بتفصيلها بدقة ، وفي تقديري

[1] القصيمي صلاح احمد محمد طه ، مرجع اسبق ، ص65.
[2] قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م ، المادة (14).
[3] القصيمي صلاح أحمد محمد طه ، مرجع سابق، ص76-77.

الشخصي أميل الي الفقه الاسلامي من جهه أخده بالدستور السماوي موضوعياً وارجح ما ذكره القانون شكلياً وموضوعياً ولا اجد اختلافاً بين هذا وذلك [1].

[1] بتصرف الباحث .

المطلب الثالث

تمييز التحكيم عما يشابهه:

اولاً: التحكيم و القضاء :

عرف فقهاء الاسلام [1] القضاء بأنه : (الحكم بين خصمين) والقاضي هو ذلك الشخص الذي تولي الفصل في الخصومات بين الاشخاص اي هو من له الحكم ، ووجه الشبه بين القضاء والتحكيم أن كل منهما طريقة للفصل في النزاعات التي تحدث بين الاشخاص ، وللقضاء شروط خاصة وعامة يجب ان تتوفر في من يتولاه، كذلك التحكيم شروط خاصة وعامة يجب ان تتوفر في من يتولاه، وان كان بعض العلماء يرون ان ذات الشروط المطلوب توافرها في من يتولى القضاء هي ذات الشروط المطلوبة في من يتولى التحكيم وهذا راي ذهب اليه جمهور الفقهاء [2]، اما الرأي الثاني والذي لم يشترط في المحكم ذات الشروط الواجب توافرها لدى القاضي ، وجوزوا تحكيم غير المسلم واصحاب الراي الثاني هم الاحناف .

اما اوجه الخلاف بين التحكيم والقضاء فتمكن في ان القاضي يتم تعيينه بواسطة السلطة ولايد للخصوم في تعيينه ، اما المحكمين يتم تعيينهم بواسطة اطراف النزاع وتنتهي مهمتهم من الفصل في النزاع المطروح امامهم، كما انه يجب ان يتم الاختيار لطريق التحكيم بواسطة عقد بين الطرفيين المتنازعين لا من طرف واحد، اذن فإن الفرق يكون بان التقاضي امام القضاء يكون من طرف واحد والتحكيم لابد فيه من اتفاق الارادتين.

على الرغم من التشابه والترابط الكبيرين بين التحكيم والقضاء في نظر النزاع وحجية الحكم وتنفيذه الا انه هنالك بعض التباينات نذكر منها على سبيل المثال :

أ- في التحكيم يتم اختيار المحكمين وفقا لارادة الخصوم بالتالي فان هنالك علاقة تعارف بين المحكمين والخصوم ، كما ان هولاء المحكمين يتقاضون اتعابهم من الخصوم ويطبقون القواعد او القانون الذي يرتضيه الخصوم ولو لم يكونوا على درايه وإلمام تمام بفحوى تلك القواعد او احكام ذلك القانون.

على العكس في القضاء العادي والذي يتم اختيار او تحديد القاضي بواسطة القاضي الاعلى درجة في دائرة الاختصاص حيث يتفاجأ الخصمان بالقاضى اثناء نظر الدعوى فقط،

[11] أحمد بن محمد الصاوي الخلوتي ، حاشية الصاوي على شرح الكبير ، مصر ،1389، ص41.

[2] الامام مالك بن انس، المدونه برواية سحنون،المرجع السابق ،ص369.

هذا القاضي موظف رسمي في الدولة ويتقاضى مرتباً نظير وظيفته القضائية وليس النظر فى دعاوي بعينها.

ب- في قضاء التحكيم تملك هيئة التحكيم صلاحيات واسعة في التوصل الى القرار وقد يطبق قواعد القانون (التحكيم القضائي) او قواعد العدالة (التحكيم بالصلح) حسب ارادة الخصوم على عكس القضاء ملزم بتطبيق قواعد القانون[1].

ت- في قضاء التحكيم تنتهي مهمة المحكمين بمجرد صدور القرار ، بينما يظل القاضي مباشراً نظر قضايا اخرى وقد يتولى تنفيذ الحكم الذي صدر بواسطته.

ث- في التحكيم قرار المحكمين نهائي غير قابل للطعن او الاستئناف الا اذا اتفق الخصوم على غير ذلك او نص القانون او المعاهدة او احكام مراكز التحكيم كل ذلك تماشياً مع قضاء التحكيم والذي يتميز بالسرعة في حسم النزاع ، على عكس احكام القضاء والتى تعتبر ابتدائية قابلة للاستئناف، بل نجد ان حرمان المتضرر من إستئناف القرار نجد فيه إهدار وإنتهاك لحقوقه المقررة له بموجب الدستور والقانون.

ج-في التحكيم الاجراءات التى تتبع في نظر النزاع مختصرة وسريعة ولا تتعدى الشهرين في بعض القضايا ولاتتجاوز السنة في الاخرى، على عكس القضاء فإن قواعد الاجراءات مطوله ومعقدة (مرحلة تقديم العريضة، نظرها، تصريحها، تبادل المذكرات، مرحلة السماع ، مرحلة المرافعات ....).

ح-في التحكيم التكاليف المالية ومختصرة وقد تقع على عاتق الطرفين وتدفع على دفعات محددة، على عكس القضاء فإن دفع الرسوم يكون منذ بداية نظر النزاع وعند تقديم اي مذكرة على نظر النزاع بواسطة بعض مراكز التحكيم الدائمة اصبحت تكلف كثيراً.

ثانياً: التوفيق و التحكيم:

(التوفيق هو وسيلة لحل المنازعات بين طرفين بطريقة ودية وعرفته محكمة الاستئناف بالولاية الشرقية ببورتسودان في قضية نقابة العربجية ضد ضابط اول مدينة بورتسودان بأنه تقريب وجهتي النظر بين الاطراف المتنازعة للوصول الي نتيجة ، والتحكيم

[1] يرى البعض ان التحكيم يحقق العدالة اكثر من القضاء للحرية المتاحة للمحكم للوصول الى القرار بينما القضاء مكبل بالنصوص القانونية فلا يستطيع القاضي الحكم للشاكي بطلباته على الرغم من وجود بينات قوية بل الامر يتعلق بالمستندات والبينات وشهادة الشهود وغيرها تنفيذا لاحكام القانون ، د، ابراهيم محمد احمد دريج ، التحكيم الداخلى والدولى (النظرية والتطبيق) ، المرجع السابق ، 2013م ، ط4، ص44-45.

نظام قانوني يتم بواسطة الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين او اكثر بواسطة شخص او اشخاص يستمدون مهمتم من اتفاق اطراف النزاع ، وقد عرفته المحكمة الدستورية العليا المصرية بأنه : (عرض نزاع معين بين طرفين ، على محكم من الاخيار، يعين باختيارهما ، او بتفويض منهمها، او على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا الحكم في ذلك النزاع ، بقرار قاطع لدابر الخصومة في جوانها التى احالها الطرفين اليه ، بعد ان يدلى كل منهما بوجهة نظره تفصيلياً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية)[1].

اوجه الاتفاق :

يتفق التوفيق والتحكيم في انهما يتمان باتفاق اطراف النزاع والاحالة للتحكيم تكون بطلب كتابي من الخصوم ولايتطلب التوفيق ذلك وهذا مانص عليه القانون السوداني.

ويشترط في المحكمين [2] ان يكون عددهم وتراً في حين لايشترط ذلك في التوفيق ، والتوفيق يجب ان يتم في مدة لاتزيد شهر من تاريخ احالة الدعوى للموفقين ، على عكس التحكيم الذي يحق للاطراف تحديد مدته وتمديدها متى رأوا ذلك ، وتتم اجراءات التوفيق بالطريقة التي يراها الموفقون عادلة ومناسبة ، في حين ان الخصوم في التحكيم يمكنهم تحديد القانون الموضوعي والاجرائي والواجب التطبيق على النزاع بينهم وتصدر المحكمة الحكم بالصورة التي يقدمها من كلف بالتوفيق كتابة ، ممهورة بتوقيعاتهم وتوقيعات من يمثلونهم في التوفيق بحضور الاطراف وتعتبر الحكم رضائياً ، في حين ان المحكمين يصدرون قرارتهم سواء بالاجماع والاغلبية ، ويكمن لمن صدر الحكم لمصلحته ان يلجأ المحكمة المختصة مطالباً بتنفيذ حكم المحكمين وذلك وفقاً للقانون السوداني [3].الذي ينص على (يكون قرار التحكيم ملزماً وينفذ تلقائياً او بناء على طلب كتابي للمحكمة المختصة ، مرفقاً معه صورة معتمدة من القرار الاصلي. ولايقبل الطعن فيه الا عن طريق دعوى البطلان).

[1] المستشار ادوارد رياض سكلا المحامي ، التوفيق في القانون السوداني والمقارن ، الخرطوم ، مطبعة الامير ، 2010م، ص11-14.
[2] المستشضار ادوارد رياض سكلا المحامي ، المرجع السابق ، ص 15-16.
[3] قانون الاجراءات المدنية السوداني لسنة 1983م ، المادة 139.

أوجه الإختلاف :

يختلف الموفق عن المحكم ، فالموفق يصدر توصية غير ملزمة للاطراف في حين أن المحكم يصدر قرارا ملزما لهم وقد درجت بعض العقود علي النص علي التوفيق قبل الدخول في إجراءات التحكيم ، وهذا النص ملزم لطرافه كما انه ملزم لهيئة التحكيم بل ان بعض القوانين تنص علي التوفيق[1] الزاما بما يعرف بالتوفيق الإجباري قبل اللجوء الي التحكيم .

ثالثا : التحكيم والصلح :

الصلح هو عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالترضي وعرفه القانون السوداني[2] : (عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتعاقدين بالتراضي) وقد يتنازل كل طرف من اطراف النزاع عن بعض المطالب ولا يصح المطالبة بها مرة اخري واذا تم الصلح بشروطه اصبح ملزما لطرفيه وللخلف العام[3] وعرفه بعض الفقهاء بانه : (معاقدة يتوصل بها الي الاصلاح بين المتخاصمين ولايقع غالبا الا باقل من المدعي به علي سبيل المداراة لبلوغ الغرض[4]) ودليله من الكتاب {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ۖ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ ۚ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ۗ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ۗ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ[5] ﴿١٧٨﴾} وقوله تعالى : {وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ[6] ۗ وَأُحْضِرَتِ الْأَنفُسُ الشُّحَّ ۚ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴿١٢٨﴾}.

---

[1] المستشار إدوارد رياض سكلا المحامي ، مرجع أسبق ، ص11 – 14 .
[2] قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984 ، المادة (286) .
[3] قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م ، المادة (293) .
[4] ابن قدامى ، مرجع اسبق ، ص476.
[5] سورة البقرة الاية ، (178) .
[6] سورة النساء ، الاية ، (128) .

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم : (الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا[1]) .ومن ناحية إجرائية هناك فارق مهم بين الصلح والتحكيم ،حيث أن الصلح يجوز أن يجريه القضاء نفسه ويسمي التوفيق ، اما التحكيم فالاصل فيه أن لا تجري احكامه امام القضاء.[2]

التحكيم اذا كان من الخصوم فهو صلح مبدئي لان فيه اتفاقا علي تحكيم غير القاضي ، وعلي تحكيم شخص معين ، وعلي الحكم الذي يصدره ، ومن ذلك نجد ان التحكيم والصلح يتفقان في[3] :

1/ يتم فيهما التفاق علي تحكيم غير القاضي .

2/ الإرتضاء علي تحكيم شخص معين .

3/ القبول بالحكم الذي يصدره .

رابعا : التحكيم والوكالة :

(الوكالة هي إقامة انسان مقام نفسه في تصرف معلوم ويجب ان يدل عليها الايجاب والقبول ولو حكما)[4] وتطلق الوكالة ويراد بها الحفظ كما ورد في القران الكريم {الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ لَهُمُ النَّاسُ إِنَّ النَّاسَ قَدْ جَمَعُوا لَكُمْ فَاخْشَوْهُمْ فَزَادَهُمْ إِيمَانًا وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ[5] ﴿١٧٣﴾}، والاصل في الوكالة انها مشروعة في المعاملات وفي بعض العبادات مثل رمي الجمرات في الحج وتتم الوكالة بأراداة الوكيل ولا يمكن ان تكون مخالفة لارادته مثل التحكيم انه لا يتم الا بارادة الاطراف، كما يشترط في الوكيل شروطا مثلما عليه الحال في التحكيم

[1] اخرجه الامام احمد بن حنبل عن ابي هريرة رضي الله عنه في كتاب الاحسان في تقريب صحيح بن حبان للامام الحافظ ابي حاتم محمد بن حبان 454هـ ، مؤسسة الرسالة بيروت ، لبنان ، 1412هـ – 1991م ، ط1 ، ج11 ، ص488 .
[2] انظر قانون الاجراءات المدنية السودانية لسنة 1983م ، المادة 139 التي تقرا (يحال الامر للتوفيق اما بواسطة القاضي او بناء علي طلب الاطراف) والتي الغيت بقانون التحكيم السوداني لسنة 2005م .
[3] د. عبد الحميد المنشاوي ، مرجع أسبق ، ص33 .
[4] ابن نجيم المصري (زين الدين بن ابراهيم) ، البحر الرايق شرح كنز الدقائق ، دار المعرفة بيوت ، بدون تاريخ طبع ، ج7 ، ص143 .
[5] سورة ال عمران ، الاية (173) .

، فيشترط فيه العقل فلا يصح توكيل المجنون ويشترط البلوغ اي لا يصح توكيل الصبي ، وتصح وكالة الصبي المميز عند الاحناف[1] .

والوكالة وفقا للقانون السوداني[2] : (عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصا اخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم).

اوجه الشبه : كل من الخصمين يمثلهم من ينوب عنهم باختيارهم ليفصل في نزاعهم.

اما اوجه الاختلاف :

الوكيل يتبني وجهة نظر الاصيل في الخصومة ويدافع عنها ويعتبر مقصرا لو لم يتبني رؤية الاصيل مثلما عليه الحال في المحاماة فان المحامي يكون مقصرا لو لم يراعي مصلحة موكلة اما المحكم فإنه يثمل الشخص الذي اختاره في الخصومة ولكنه لا يتبني وجهة نظره لانه يكونى في الوضع اقرب للقاضي منه الي وكيل الخصومة ومهمته هي اصدار قرار يقضي بحسم النزاع معين ولا يعتبر مقصرا اذا لم يراعي صلحة من يمثله في هيئة التحكيم[3]) .

خلاصة القول أن القانون يتفق مع الفقه الاسلامي من حيث التحكيم والقضاء والتوفيق والتحكيم والتحكيم والصلح والتحكيم والوكالة وفي تقديري اري ان التوفيق والتحكيم والقضاء والوكالة وهي وسائل فعالة لحل منازعات التحكيم بشتي صورها ويكون التحكيم والقضاء في مرتبة واحدة في مقدمة هذه الوسائل ، واتفق تماما مع الفقه الاسلامي والقانون وارجح ما جري العمل به في المحاكم الوطنية والدولية كافة الان[4] .

[1] علاء الدين بن ابي بكر بن مسعود الكاسني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، بدون تاريخ طبع ، ص21 .
[2] قانون المعاملات السودانية لسنة 1984م المادة (416) .
[3] د. هيثم مصطفي سليمان ، النظام القانوني الدولي للتحكيم في المنازعات الدولية في الفقة الاسلامي والقانون الدولي العام (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراة جامعة امدرمان الاسلامية ، 2006م ، ص43 .
[4] بتصرف الباحث .

المبحث الاول :التحكيم في الشرائع القديمة

المطلب الأول

التحكيم في العصور القديمة :

(التحكيم كطريق لفض المنازعات نشا منذ قديم الزمان حيث كان الناس وقبل قيام الدولة بسلطتها التنفذية والتشريعية والقضائية يقومون بحل النزاعات التي تنشا بينهم بعدة طرق منها الصلح والتوفيق والتحكيم والوكالة ، والمنازعات كانت متنوعة منها الأسرية والسلوطية والمالية والجنائية والأدبية وغيرها ، ونسبة لعدم وجود سلطة قضائية وقضاة معينين فقد يلجا المتخاصمين الي زعيم القبيلة الذي يعتبر الحاكم والقاضي في آن واحد ليفصل بينهم في النزاع وقد يقوم هو بالخالة النزاع الي من يثق فيهم من حكماء القبيلة ، واحياناً يلجا المتخاصمون الي أناس عرفوا بأصالة الراي والحكمة العلم والدراية بالعدات والتقاليد للفصل في النزاع .

وهذه الاحكام التي تصدر وعلي الرغم من عدم وجود سلطة لإجبار الناس علي تنفيذها الا أن معظمها كاانت تنفذ طوعا تقديرا لعدالة الحكم اوا إحتراماً لمن قام بالفصل في النزاع أو خوفاً من العار والفتنة . وهذه الطرق المتبعة في فض المنازعات هي نواة اسس عليها العمل القضائي والتحكيمي المعاصر عند بعض الشعوب[1]).

من أستقراء التاريخ أن المجتمعات تطورت تطورا طويلا متصلاً الي أن اتخذت في الوقت الحالي شكل الدولة الحديثة والقضاء وليد المجتمعات المنظمة او شبة المنظمة ومعني القضاء في هذا المفهوم هي الجهة التي تخص بفض المنازعات بمقتضي القانون سواء كانت هذه المنازعات واقعة بين الافراد ، أو بين الأفراد والحكومات والواقع أن التحكيم هو السائد في المجتمعات البدائية بل وجد منذ زمن طويل وقبل وجود الدولة نفسها بمفهومها

[1] د. إبراهيم محمد أحمد دريج ، مقدمة في التحكيم ، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة ، الخرطوم 2011 ، ص 7- 8 .

الحديث والتحكيم شانه في ذلك شان كافة القواعد القانونية تطور تطوراً مستمراً نتيجة لتطور المجتمعات ذاتها[1] .

الامر الذي يؤدي إلى فصل عدم جواز فصل تطور الجماعة عن تطور التحكيم ويرى فقهاء تاريخ القانون وفلسفته بأن قواعد التحكيم بدأت بالظهور في المسائل الجنائية وهو أسلوب التصالح بدلاً من القوة الفردية [2] . فمبدأ اختيارها ومعتمداً على القوة ، اذ أن كل جماعة كانت تستطيع رفضه إذا مانت واثقة من قوتها أو كانت عادة الثأر متأصلة في نفسها وحينئذ تلجأ إلى الانتقام وشن الحرب ثم ارتفعت الجماعة وسما تفكيرها ، وترتب على هذا التطور أن ظهر التحكيم الإجباري [3].

يعتبر التحكيم في الشرائع القديمة من أقدم الوسائل لفض المنازعات بين افراد المجتمع فكان الوسيلة الوحيدة لتحقيق العدل في المجتمعات التي تفتقر إلى سلطة لحماية النظام في المجتمع وذلك على أساس حفظ النظام والتوازن بين الأفراد ، فكل مجتمع لابد من أن تتوفر فيه درجة معينة من التضامن حتى يمكنه الاستمرار في الوجود والمحافظة على كيانه ، وغير أن هذا النظام لم يكن موجوداً ، في العصور القديمة ، لعدم وجود السلطة المنظمة التي تكفل احترامه ، وكان طبيعياً ونتيجة لذلك أن رد الفعل الذي يعقب الجريمة أو الصراع إلى الاحتكام .

والاسرة هي أقدم المؤسسات وجوداً على الاطلاق ، عرف من غير النسابين على أن الاب الاول للخليفة هو ادم عليه السلام ، وأقدم وسيلة لجأ إليها الانسان لفض ماينشأ بينه وبين أقرانه من نزاعات هو التحكيم ، وقد اشارت إلى ذلك كتب القران الكريم والسيرة النبوية بقصة احتكام (قابيل وهابيل [4]) قال تعالي {وَاتْلُ عَلَيْهِمْ نَبَأَ ابْنَيْ آدَمَ بِالْحَقِّ إِذْ قَرَّبَا قُرْبَانًا

[1] د . أحمد أبو زيد ، البناء الاجتماعي ،الهيئة المصرية العامة للكتاب يذكر تاريخ النشر ، ج2 ، ص 471.
[2] ا.د/ صوفي ابوطالب ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1976م، ص 19.
[3] د. نجيب أحمد عبدالله ثابت الجيلي ،التحكيم قبل الاسلام ، المكتب الجامعي الحديث ، جامعة صنعاء – اليمن 2006م، ص 4
[4] هما شخصان ذكرتا في العهد القديم وهما اول ابنين لادم وحواء ، كان قابيل عاملاً في الارض اما هابيل فكان راعيا للغنم ، وفي يوم قررا ان يعبدا الله تعالى وقدما قرابين ، فهابيل قدم قربانا من ابكار اغنامه قمن سيمانها ، وقابيل قد قربانا من ثمار الارض فنظر الرب الى قربان هابيل واغتاظ قابيل من هابيل قبول قربانه ، الموسوعة الحرة ، استخرج بتاريخ 11-12-2005م.

فَتُقُبِّلَ مِنْ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يُتَقَبَّلْ مِنَ الْآخَرِ [1]} فكانت بين هابيل وقابيل خصومه على على اخت لهما ، وكانت حواء تلد في كل بطن ذكر وانثى ،وكان ادم عليه السلام يزوج الذكر من هذا البطن بالانثى من البطن الاخر ، ولاتحل له اخته التي ولدت معه ، فولدت مع قابيل أخت جميلة اسمها إقليميا [2] ، ومع هابيل أخت ليست كذلك واسمها ليوذا [3].

فلما اراد ادم تزوجها قال قابيل(انا احق باختي ،فامره ادم فلم ياتمر، وزجره فلم ينزجر ، فاتفقوا على القربان وانه يتزوجها من تقبله قربانه فتقربا بقربانيين فتقبل الله قربان هابيل وهكذا كان الحكم لهابيل باخته نتيجة لتقبل قربانه [4]. الثابت ان الرسول صلى الله عليه وسلم كان يحتكم اليه الناس قبل الاسلام ، وقد احتكم اليه العرب في وضع الحجر الاسود عند بناء الكعبة [5]

والتحكيم قديماً قدم المجتمعات البشرية عرف في المراحل الاولى لتكوين الفكر القانوني عند الانسان، وهو تطورطبيعي لنظام العدالة الفردية التي كانت تسود المجتمعات القديمة في غياب السطلة السياسية والتشريعية التي تنظم امور الدولة ، وكانت القبيلة تنتصر لنفسها في اي مظلمة وتاخذ حقها بيدها الى ان تطور الحال بايجاد الالية تسوية المنازعات بالتي هي احسن [6]

ولم يكن الحاكم من رؤساء القبيلة بالضرورة، وانما هو من الذين برزوا في مجتمعاتهم بالفهم والمعرفة لطبائع القوم واعرافهم وكانت العرب تعيش حياة قبلية تعتمد على التنقل والترحال جريا وراء اسباب الحياة المادية، مما كان له الاثر الواضح على حياتهم الاقتصادية والسياسية والاجتماعية ، اذ كانت العرب منقسمة الى قبائل ، وتنقسم

---

[1] سورة المائدة الاية (27).
[2] هي ابنة ادم عليه السلام وتومة قابيل وولدا في بطن واحدة .
[3] هي ليوذا ابنة ادم عليه السلام وتومة هابيل وولدا في بطن واحدة www.ejabat.google.com ، ثم استخراجه بتاريخ يوم 5 فبراير 2015م.
[4] د.نجيب احمد عبدالله ثابت الجبلي ،مرجع سابق ، ص 7.
[5] الصادق ضرار مختار القاضي بالسطاة القضائية ، قانون التحكيم لسنة 2005م وتطبيقاته العملية امام المحاكم السودانية ،السلطةالقضائية ، بدون تاريخ طبع ، ص14.
[6] ابراهيم محمد احمد دريج ، التحكيم الداخلي الدولي (النظرية والتطبيق) شركة مطابع السودان للعملة المحدودة ، الخرطوم ، 2010م،ط3، ص13.

القبائل الى بطون وافخاذ وعشائر، وعلى راس كل قبيلة رجل يدعى شيخ القبيلة او سيدها، يسوس امورها الداخلية بين افرادها ، امورها الخارجية مع غيرها من القبائل الاخرى[1].

يتولى منصب شيخ القبيلية انبل افرادها واشرفهم نسباً وممن اتصفوا بالنجدة والسخاء والصبر والحلم والتواضع ، واقواهم عصبية ، واشدهم بطشاً وكثيرا ماكان هذه الخصال موضع تفاخر وتنافر بين رجالات القبيلة في تولية رئاستها ، حال موت سيدها ان لم يكن له ولد يستحق رئاستها بالوراثة .[2]

تعددت صور التحكيم عند العرب في الجاهلية بالنظر الى الشخص المحتكم اليه، وقد تكون رئيس القبيلة والعشيرة وقد يكون الاحتكام الى حكام عرفوا باصالة الراي ، وسعة المدارك ، والصدق ، العدل في الحكم ، او الى الكهنة ،او الى النار او الى الازلام.[3]

كانت الحياة في الصحراء [4]. ترتكزعلى مبدأ الانتقام الشخصي ولم يكن هنالك سلطة سلطة مركزية لحفظ النظام وحماية حقوق الافراد .وقد كان ذلك هو الراي والنهج السائد لدى القبائل ، كما كانت القواعد العادات القبلية ، في المعتمدة كمرجع ، وقد كان ناتج ذلك انه لم يكن لدى العرب في مرحلة قبل الاسلام ، سلطة قضائية حقيقية ، بمقدروها ان تفصل المنزاعات ، وان تفرض احترام الحقوق ، وان تضع حدا للتسلط عوضا عن سلطة قضائية منظمة ، وكانت هنالك سلطة قبلية ممثلة بشيخ القبيلة متاقلمة مع الشكل المتناسب مع وضع حياة القبائل البدائية ، لقد التحكيم معروفاً من عرب الجاهلية ، وكان الراجع ان يلجأ اليه الافراد في نزاعاتهم فيما بينهم ، وان تلجا اليه العرب في نزاعاتها في مابينها، وذلك بهدف الوصول الى حل لهذه النزاعات ، وكان هذا التحكيم يعتمد بموجب اتفاق يتضمن ذكرا لموضوع النزاع ، كما يتضمن تسمية الحكم او (الحكيم) المكلف بالنظر فيه،

---

[11] د. قحطان عبد الرحمن الدوري ، عقد التحكيم في الفقة الاسلامي والقانون الوضعي ، مطبعة الخلود ببغداد ، 1405هـ - 1985م، ط1 ، ص 16.

[2] قدري محمد محمود ، التحكيم في ضوء احكام الشريعة الاسلامية – رسالة ماجستير ، جامعة طنطا ، دار الصميعي للنشر والتوزيع ، المملكة العربية للسعودية ، 1430هـ - 2009م، ط1 ، ص34.

[3] قدري محمد محمود ، مرجع سابق، ص 34.

[4] عبد الحميد الاحدب المحامي ، موسوعة التحكيم في البلاد العربية ، بدون ناشر ، بدزن سنة طبع ، ج1، ص20-21.

والتاريخ القبلي حافل بهذا الصدد بالامثلة التحكيميه والحكام الذي برزوا في ذلك الماضي البعيد هم عديدون وكانت لهم شهرتهم الواسعة [1] .

كان الناس يلجئون الى الكهان في القضايا التي تحتاج الى فكر غيبي لاعتقاد العرب ان الكاهن شائعاً من الجن [2]. وكثيرا مايلجا العرب الى الكهان من الجنسين ، لتحكيمهم فيما يثور بينهم من منازعات ولعل اتجاههم الى الكهان ورجال الدين يرجع الي ماكان يعتقدونه من قدرة علي معرفة علي معرفة الحقيقة باستخام وسائلهم الغيبية . ولعلهم كانو يلجئون اليهم اكثر الناس ثقافة ودراية بالعادات والتقاليد واقدرهم علي التوصل الي حلول موفقة للمشاكل المطروحه عليهم

وقد كان ياخذ الكاهن في بعض الاحيان عهوداً من الأطراف المتخاصمة قبل سماع الشكاوي بوجوب أمتثال وتنفيذ حكمه وعدم رده مهما كان نوع الحكم وكيف يرد حكم الكاهن وهو في عقيدتهم حكم أوحي الكاهن به ؟ قال أحد الفقهاء :(ذهبت طائفة الي ان التكهن سبب نفساني لطيف يتولد من صفاء مزاج الطباع ، وقوة النفس ونظافة الحس ، وذكر كثير من الناس ان الكهانة من قبل شيطان يكون مع الكاهن يخبره بما غاب عنه[3]).

وقد أشتهر العرب قبل الاسلام عدة كهانة ذكر الاخباريون أسماءهم منهم (شق وسطيح ، خنافر بن التوام الحمير[4]) واخرون واشهرهم واعرفهم شق وسطيح وللاخباريين عنهما قصص اخرجها من علم الواقع ولم تحرم النساء الكهانة فكان لهن فيها نصيب وقد ذكر الاخباريون اسماء عدد من الكهانات اشتهرت كهانتهن قبل الاسلام منهن (ظريفة وزبراء وسلمي الهدانية وعفراء الحميرية) وغيرهن ومن هذا الراي أن المراة كان لها نصيب في الكهانة ولايوجد ثمة ما يمنع تكون محكمة في تلك المرحلة .

---

[1] نذكر بين هولاء : أكثم بن صيفي وحاجب بن زرارة والاقرع بن حابس وربيعة بن محاشن من قبيلةلا تميم ، وعامر بن الظرب العدواني وغليان بن سلمة الثقفي من قبيلة قسي ، وعبد المنطلب بن هاشم وابو طالب بن هاشم والعلاء بن حارثة من قبيلة قريش .

[2] د. أحمد شلبي ، موسوعة النظم والحضارة ، مكتبة النصضة المصرية ، 1981 ، ط2 ، ص90 .

[3] د. جواد علي ، المفصل في تاريخ العرب ، قبل الاسلام ، المجمع العلمي بغداد ، 1955 ، ج5 ، ص497 .

[4] شق وهو بن يشكر بن رهم بن افرك بن قسر بن عبقر بن انمار ابن نزار ، وانمار ابو بجيلة وخثعم

ونعتقد أن الكهان يتمتعون بنفوذ واسع ويمارسون أعمالا كثيرة ثم تحدد نفوذهم قبيل الإسلام في التنبو والفصل في الخصومات وكثرة الاحتكام اليهم في الامور وطلبهم الفصل فيها وصارت كلمة (حكم) مرادفة لكلمة (كاهن) في بعض الاحيان .

خلاصة القول إن التحكيم عند العرب قبل بعثة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم كان معروفا لدي المجتمعات القديمة بل كان شريعة عامة وخاصة وعرفا سائد عند العرب قبل الإسلام الي ان اللجوء اليه كان اختياريا ولا سبيل لجبر المختصمين بتنفيذه الا اذا التزموا به ونفذه طواعية واختيارا فإذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم طواعية لم يكن هناك من سبيل لجبره بتنفيذه وكان ذلك يؤدي الي القتال بين أفراد القبيلة اوبين القبائل بغضها ببعض وكان المحكمون يقومون بدور السلطة القضائية في المجتمعات البدائية والمجتمعات القديمة وهو الفصل بين الناس في الخصومات لان اللقضاء وليد المجتمعات المتمدنة ونظام التحكيم هو أقدم صور القضاء المتمثل في المحاكم المكونة من محكمين وتسمي بالمحاكم الشعبية كانت وفقا لضميرها وعاداتها وتقاليدها واعرافها ويختلف اسلوب التحكيم من قبيلة الي اخري حسب الجرم المرتكب المراد العقوبة عليه من قبل الحكمين الذين يتولون الفصل في النزاع القائم بين الخصوم سواء كان المحكمون رجالاً أو نساء قياساً بالعصر الحديث الان .

علي العكس في القضاء العادي والذي يتم أختيار أوتحديد القاضي بواسطة القاضي الأعلي درجة في دائرة الإختصاص حيث يتفاجا الخصمان بالقاضي أثناء الدعوي فقط ، هذا القاضي مؤظف رسمي في الدولة يتقاضي مرتبا نظير وظيفتة القضائية وليس نظر دعاوي بعينها .

ب/ في قضاء التحكيم تملك هيئة التحكيم صلاحيات واسعة في التوصل الي القرار وقد يطبق قواعد القانون (التحكيم القضائي) أو قواعد العدالة (التحكيم بالصلح) حسب إرادة الخصوم علي عكس القضاء فإن القاضي ملزم بتطبيق قواعد القانون.[1]

ج/ في قضاء التحكيم تنتهي مهمة المحكمين بمجرد صدور القرار ، بينما يظل القاضي مباشراً نظر قضايا اخري وقد يتولي تنفيذ الحكم الذي صدر بواسطته .

د/ في التحكيم قرار المحكمين غير قابل للطعن أو الاستئناف إلا إذا اتفق الخصوم علي غير ذلك او نص القانون او معاهدة أو أحكام مراكز التحكيم كل ذلك تماشيا مع قضاء التحكيم الذي يتميز بالسرعة في حسم النزاع ، علي عكس احكام القضاء والتي تعتبر إبتدائية قابلة للإستئناف ، بل نجد ان حرمان المتضرر من إستئناف القرار فيه اهدار وانتهاك لحقوقه المقرره له بموجب القانون والدستور

هـ/ في التحكيم الإجراءات التي تتبع في نظم النزاع مختصرة وسريعة وقد لا تتعدى الشهرين في بعض القضايا ولا تتجاوز السنة في اخري علي عكس القضاء فان قواعد الإجراءات مطولة ومعقدة (مرحلة تقديم العريضة ، نظرها ، تصريحها ، تبادل المزكرات ، مرحلة السماع ، مرحلة المرافعات)

و/ في التحكيم التكاليف المالية مختصرة وقد تقع علي عاتق الطرفين وتدفع علي دفعات محددة ، علي عكس القضاء فان دفع الرسوم يكون منذ بداية نظر النزاع وعند تقديم اي مذكرة علي أن نظر النزاع بواسطة بعض مراكز التحكيم الدائمة ايضا اصبحت تكلف كثيرا

ثانياً : التوفيق والتحكيم

[1] يري البعض أن التحكيم يحقق العدالة أكثر من القضاء للحرية المتاحة للمحكم للوصول الي القرار بينما القضاء مكبل بالنصوص القانونية ، فلا يستطيع القاضي الحكم للشاكي بمطالبته علي الرغم من وجود بنيات قوية بل الأمر يتعلق بالمستندات والبيانات وشهادة الشهود وغيرها تنفيذا لاحكام القانون ، د. إبراهيم احمد دريج ، التحكيم الداخلي والدولي (النظرية والتطبيق) المرجع السابق ، 2013م ، ط4 ، ص44- 45 .

(التوفيق هو وسيلة لحل المنازعات بين الطرفين بطريقة ودية وعرفته محكمة الإستئناف بالولاية الشمالية بورتسودان في قضية نقابة العربجية ضد ضابط أول مدينة بورتسودان بانه تقريب وجهتي النظر بين الاطراف المتنازعة للوصول الي نتيجة ، والتحكيم نظام قانوني يتم بواسطة الفصل في حكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين اواكثر بواسطة شخص او اشخاص يستمدون مهمتهم من اتفاق اطراف النزاع ، وقد عرفته المحكمة الدستورية العليا المصرية بانه : (عرض نزاع معين بين طرفين ، علي محكم من الاغيار ، يعين باختيارهم او بتفويض منهما ، اوعلي ضوء شروط يحددنها ليفصل ذلك المحكم في ذلك النزاع ، بقرار قاطع لدابر الخصومة في جوانبها التي احالها الطرفين اليه ، بعد أن يدلي كل منهما بوجه نظره تفصيليا من خلال ضمانات التقاضي الرئسية[1]) .

أوجه الإتفاق :

يتفق التوفيق والتحكيم في انهما يتمان باتفاق اطراف النزاع والإحالة للتحكيم تكون بطلب كتابي من الخصوم ولا يتطلب التوفيق ذلك وهذا ما نص عليه القانون السوداني .

ويشترط في المحكمين[2] أن يكون عددهم وتراً في جين لا يشترط ذلك في التوفيق ، والتوفيق يجب أن يتم في مدة لاتزيد عن شهر من تاريخ إحالة الدعوي للموفقيين علي عكس التحكيم الذي يحق للاطراف تحديد مدتة وتمديدها متي روا ذلك وتتم إجراءات التوفيق بالطريقة التي يراها الموفقون عادلة ومناسبة في حين أن الخصوم في التحكيم يمكنهكم تحديد القانون الموضوعي والاجرائي الواجب التطبيق علي النزاع بينهم وتصدر المحكمة الحكم بالصورة التي يقدمها من كلف بالتوفيق كتابة بتوقيعاتهم وتوقيعات من يمثلونهم في التوفيق بحضور الاطراف ويعتبر الحكم رضائيا في حين أن المحكمين يصدرون قراراتهم سواء بالاجماع او الاغلبية ويمكن لمن صدر الحكم لمصلحته أن يلجا الي المحكمة

[1] المستشار إدوار رياض سكلا المحامي ، التوفيق في القانون السوداني والمقارن ، الخرطوم ، مطبعة الامير ، 2010م ، ص11 – 14 .
[2] المستشار إدوار رياض سكلا المحامي ، المرجع السابق ، ص15 – 16 .

المختصة مطالبا بتنفيذ حكم المحكمين وذلك وفقا للقانون السوداني[1] الذي ينص علي : (يكون قرار التحكيم ملزما ، وينفذ تلقائيا أو بناء علي طلب كتابي الي المحكمة المختصة ، مرفقا معه صورة معتمدة من القرار الاصلي ولا يقبل الطعن فيه الا عن طريق دعوي البطلان) .

أوجه الإختلاف : يختلف الموفق عن المحكم ، فالموفق يصدر توصية غير ملزمة للاطراف في حين أن المحكم يصدر قرارا ملزما لهم وقد درجت بعض العقود علي النص علي التوفيق قبل الدخول في إجراءات التحكيم ، وهذا النص ملزم لطرافه كما انه ملزم لهيئة التحكيم بل ان بعض القوانين تنص علي التوفيق[2] الزاما بما يعرف بالتوفيق الإحباري قبل اللجوء الي التحكيم .

ثالثا : التحكيم والصلح :

الصلح هو عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالترضي وعرفه القانون السوداني[3] : (عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتعاقدين بالتراضي) وقد يتنازل كل طرف من اطراف النزاع عن بعض المطالب ولا يصح المطالبة بها مرة اخري واذا تم الصلح بشروطه اصبح ملزما لطرفيه وللخلف العام وعرفه بعض الفقهاء بانه : (معاقدة يتوصل بها الي الاصلاح بين المتخاصمين ولايقع غالبا الا باقل من المدعي به علي سبيل المداراة لبلوغ الغرض[4]) ودليله من الكتاب {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ۖ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ ۚ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ۗ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ۗ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ[5] ﴿١٧٨﴾} وقوله تعالى : {وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ

[1] قانون الإجراءات المدنية السودان لسنة 1983م ، المادة (139) .
[2] المستشار إدوارد رياض سكلا المحامي ، مرجع أسبق ، ص11 – 14 .
[3] قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984 ، المادة (286) .
[4] قانون المعاملات السوداني لسنة 1984م ، المادة (293) .
[5] سورة البقرة الاية ، (178) .

إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ[1] ۗ وَأُحْضِرَتِ الْأَنفُسُ الشُّحَّ ۚ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴿١٢٨﴾}.

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم : (الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا[2]) .ومن ناحية إجرائية هناك فارق مهم بين الصلح والتحكيم حيث أن الصلح يجوز أن يجريه القضاء نفسه ويسمي التوفيق ، اما التحكيم فالاصل فيه أن لا تجري احكامه امام القضاء.[3]

التحكيم اذا كان من الخصوم فهو مبدئي لان فيه اتفاقاعلي تحكيم غير القاضي ، وعلي تحكيم شخص معين ، وعلي الذي يصدره ، ومن ذلك نجد ان التحكيم والصلح يتفقان في[4] :

1/ يتم فيهما التفاق علي تحكيم غير القاضي .

2/ الإرتضاء علي تحكيم شخص معين .

3/ القبول بالحكم الذي يصدره .

رابعا : التحكيم والوكالة :

الوكالة هي إقامة انسان مكان نفسه في تصرف معلوم ويجب ان يدل عليها الايجاب والقبول ولو حكما[1] وتطلق الوكالة ويراد بها الحفظ كما ورد في القران الكريم {الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ

[1] سورة النساء ، الاية ، (128) .
[2] اخرجه الامام احمد بن حنبل عن ابي هريرة رضي الله عنه في كتاب الاحسان في تقريب صحيح بن حبان للامام الحافظ ابي حاتم محمد بن حبان 454ه ، مؤسسة الرسالة بيروت ، لبنان ، 1412ه – 1991م ، ط1 ، ج11 ، ص488 .
[3] انظر الاجراءات المدنية السودانية لسنة 1983م ، المادة 139 التي تقرا (يحال المر للتوفيق اما بواسطة القاضي او بناء علي طلب الاطراف) والتي الغيت بقانون التحكيم السوداني لسنة 2005م .
[4] د. عبد الحميد المنشاوي ، مرجع أسبق ، ص33 .

النَّاسُ إِنَّ النَّاسَ قَدْ جَمَعُوا لَكُمْ فَاخْشَوْهُمْ فَزَادَهُمْ إِيمَانًا وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ[2] ﴿١٧٣﴾}، والاصل في الوكالة اعها مشروعة في المعاملات وفي بعض العبادات مثلر رمي الجمرات في الحج وتتم الوكالة بأراداة الوكيل ولا يمكن ان تكون مخالفة لارادته مثل التحكيم انه لا يتم الا بارادة الاطراف كما يشترط في الوكيل شروطا مثلما عليه الحال في التحكيم ، فيشترط فيه العقل فلا يصح توكيل المجنون ويشترط البلوغ اي لا يصح توكيل الصبي ، وتصح وكالة الصبي المميز عند الاحناف[3] .

والوكالة وفقا للقانون السوداني[4] : (عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصا اخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم).

اوجه الشبه : كل من الخصمين يمثلهم من ينوب عنهم باختيارهم ليفصل في نزاع.

اما اوجه الاختلاف :

الوكيل يتبني وجهة نظر الاصيل في الخصومة ويدافع عنها ويغتبر مقصرا لو لم يتبني روية الاصيل مثلما عليه الحال في المحاماه فان المحامي يكون مقصرا لو لم يراعي مصلحة موكلة اما المحكم فانه يثمل الشخص الذي اختاره في الخصومة ولكنه لا يتبني وجهة نظره لانه يكونى في الوضع اقرب للقاضي منه الي وكيل الخصومة ومهمته هي اصدار قرار يقضي بحسم النزاع معين ولا يعتبر مقصرا اذا لم يراعي صلحة من يمثلة في هيئة التحكيم[5]) .

خلاصة القول ان القانون يتفق مع الفقه الاسلامي من حيث التحكيم والقضاء والتوفيق والتحكيم والتحكيم والصلح والتحكيم والوكالة وفي تقديري اري ان التوفيق والتحكيم

---

[1] ابن نجيع المصري (زين الدين بن ابراهيم) ، البحر الرايق شرح كنز الدقائق ، دار المعرفة بيوت ، بدون تاريخ طبع ، ج7 ، ص143 .
[2] سورة ال عمران ، الاية (173) .
[3] علاء الدين بن ابي بكر بن مسعود الكاسني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، بدون تاريخ طبع ، ص21 .
[4] قانون المعاملات السودانية لسنة 1984م المادة (416) .
[5] د. هيثم مصطفي سليمان ، النظام القانوني الدولي للتحكيم في المنازعات الدولية في الفقة الاسلامي والقانون الدولي العام (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراة جامعة امدرمان الاسلامية ، 2006م ، ص43 .

والقضاء والوكالة وهي وسائل فعالة لحل منازعات التحكيم بشتي صورها ويكون التحكيم والقضاء في مرتتبة واحدة في مقدمة هذه الوسائل ، واتفق تماما مع الفقه الاسلامي والقانون وارجح ما جري العمل به في المحاكم الوطنية والدولية كافة الان[1] .

[1] بتصرف الباحث .

المبحث الاول :التحكيم في الشرائع القديمة

المطلب الأول :

التحكيم في العصور القديمة :

(التحكيم كطريق لفض المنازعات نشا منذ قديم الزمان حيث كان الناس وقبل قيام الدولة بسلطتها التنفذية والتشريعية والقضائية يقومون بحل النزاعات التي تنشا بينهم بعدة طرق منها الصلح والتوفيق والتحكيم والوكالة ، والمنازعات كانت متنوعة منها الأسرية والسلوطية والمالية والجنائية والأدبية وغيرها ، ونسبة لعدم وجود سلطة قضائية وقضاة معينين فقد يلجا المتخاصمين الي زعيم القبيلة الذي يعتبر الحاكم والقاضي في آن واحد ليفصل بينهم في النزاع وقد يقوم هو بالخالة النزاع الي من يثق فيهم من حكماء القبيلة ، واحياناً يلجا المتخاصمون الي أناس عرفوا بأصالة الراي والحكمة العلم والدراية بالعدات والتقاليد للفصل في النزاع .

وهذه الاحكام التي تصدر وعلي الرغم من عدم وجود سلطة لإجبار الناس علي تنفيذها الا أن معظمها كاانت تنفذ طوعا تقديرا لعدالة الحكم اوا إحتراماً لمن قام بالفصل في النزاع أو خوفاً من العار والفتنة . وهذه الطرق المتبعة في فض المنازعات هي نواة اسس عليها العمل القضائي والتحكيمي المعاصر عند بعض الشعوب[1]).

من إستقراء التاريخ أن المجتمعات تطورت تطورا طويلا متصلاً الي أن اتخذت في الوقت الحالي شكل الدولة الحديثة والقضاء وليد المجتمعات المنظمة او شبة المنظمة ومعني القضاء في هذا المفهوم هي الجهة التي تخص بفض المنازعات بمقتضي القانون سواء كانت هذه المنازعات واقعة بين الافراد ، أو بين الأفراد والحكومات والواقع أن التحكيم هو السائد في المجتمعات البدائية بل وجد منذ زمن طويل وقبل وجود الدولة نفسها بمفهومها

[1] د. إبراهيم محمد أحمد دريج ، مقدمة في التحكيم ، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة ، الخرطوم 2011 ، ص 7- 8 .

الحديث والتحكيم شانه في ذلك شان كافة القواعد القانونية تطور تطوراً مستمراً نتيجة لتطور المجتمعات ذاتها[1] .

الامر الذي يؤدي إلى فصل عدم جواز فصل تطور الجماعة عن تطور التحكيم ويرى فقهاء تاريخ القانون وفلسفته بأن قواعد التحكيم بدأت بالظهور في المسائل الجنائية وهو أسلوب التصالح بدلاً من القوة الفردية [2] . فمبدأ اختيارها ومعتمداً على القوة ، اذ أن كل جماعة كانت تستطيع رفضه إذا مانت واثقة من قوتها أو كانت عادة الثأر متأصلة في نفسها وحينئذ تلجأ إلى الانتقام وشن الحرب ثم ارتفعت الجماعة وسما تفكيرها ، وترتب على هذا التطور أن ظهر التحكيم الإجباري [3].

يعتبر التحكيم من أقدم الوسائل لفض المنازعات بين افراد المجتمع فكان الوسيلة الوحيدة لتحقيق العدل في المجتمعات التي تفتقر إلى سلطة لحماية النظام في المجتمع وذلك على أساس حفظ النظام والتوازن بين الأفراد ، فكل مجتمع لابد من أن تتوفر فيه درجة معينة من التضامن حتى يمكنه الاستمرار في الوجود والمحافظة على كيانه ، وغير أن هذا النظام لم يكن موجوداً ، في العصور القديمة ، لعدم وجود السلطة المنظمة التي تكفل احترامه ، وكان طبيعياً ونتيجة لذلك أن رد الفعل الذي يعقب الجريمة أو الصراع إلى الاحتكام .

والاسرة هي أقدم المؤسسات وجوداً على الاطلاق ، عرف من غير النسابين على أن الاب الاول للخليفة هو ادم عليه السلام ، وأقدم وسيلة لجأ إليها الانسان لفض ماينشأ بينه وبين أقرانه من نزاعات هو التحكيم ، وقد اشارت إلى ذلك كتب القران الكريم والسيرة النبوية بقصة احتكام (قابيل وهابيل [4]) قال تعالي {وَاتْلُ عَلَيْهِمْ نَبَأَ ابْنَيْ آدَمَ بِالْحَقِّ إِذْ قَرَّبَا قُرْبَانًا

[1] د . أحمد أبو زيد ، البناء الاجتماعي ،الهيئة المصرية العامة للكتاب يذكر تاريخ النشر ، ج2 ، ص 471.
[2] ا.د/ صوفي ابوطالب ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1976م، ص 19.
[3] د. نجيب أحمد عبدالله ثابت الجيلي ،التحكيم قبل الاسلام ، المكتب الجامعي الحديث ، جامعة صنعاء – اليمن 2006م، ص 4
[4] هما شخصان ذكرتا في العهد القديم وهما اول ابنين لادم وحواء ، كان قابيل عاملاً في الارض اما هابيل فكان راعيا للغنم ، وفي يوم قررا ان يعبدا الله تعالى وقدما قرابين ، فهابيل قدم قربانا من ابكار اغنامه قمن سيمانها ، وقابيل قد قربانا من ثمار الارض فنظر الرب الى قربان هابيل واغتاظ قابيل من هابيل قبول قربانه ، الموسوعة الحرة ، استخرج بتاريخ 11-12-2005م.

فَتُقُبِّلَ مِنْ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يُتَقَبَّلْ مِنَ الْآخَرِ [1]} فكانت بين هابيل وقابيل خصومه على على اخت لهما ، وكانت حواء تلد في كل بطن ذكر وانثى ،وكان ادم عليه السلام يزوج الذكر من هذا البطن بالانثى من البطن الاخر ، ولاتحل له اخته التي ولدت معه ، فولدت مع قابيل أخت جميلة اسمها إقليميا [2] ، ومع هابيل أخت ليست كذلك واسمها ليوذا [3].

فلما اراد ادم تزوجها قال قابيل(انا احق باختي ،فامره ادم فلم ياتمر، وزجره فلم ينزجر ، فاتفقوا على القربان وانه يتزوجها من تقبله قربانه فتقربا بقربانيين فتقبل الله قربان هابيل وهكذا كان الحكم لهابيل باخته نتيجة لتقبل قربانه [4]. الثابت ان الرسول صلى الله عليه وسلم كان يحتكم اليه الناس قبل الاسلام ، وقد احتكم اليه العرب في وضع الحجر الاسود عند بناء الكعبة [5].

والتحكيم قديماً قدم المجتمعات البشرية عرف في المراحل الاولى لتكوين الفكر القانوني عند الانسان، وهو تطورطبيعي لنظام العدالة الفردية التي كانت تسود المجتمعات القديمة في غياب السطلة السياسية والتشريعية التي تنظم امور الدولة ، وكانت القبيلة تنتصر لنفسها في اي مظلمة وتاخذ حقها بيدها الى ان تطور الحال بايجاد الالية تسوية المنازعات بالتي هي احسن [6] .

ولم يكن الحاكم من رؤساء القبيلة بالضرورة، وانما هو من الذين برزوا في مجتمعاتهم بالفهم والمعرفة لطبائع القوم واعرافهم وكانت العرب تعيش حياة قبلية تعتمد

---

[1] سورة المائدة الاية (27).
[2] هي ابنة ادم عليه السلام وتومة قابيل وولدا في بطن واحدة .
[3] هي ليوذا ابنة ادم عليه السلام وتومة هابيل وولدا في بطن واحدة www.ejabat.google.com ، ثم استخراجه بتاريخ يوم 5 فبراير 2015م.
[4] د.نجيب احمد عبدالله ثابت الجبلي ،مرجع سابق ، ص 7.
[5] الصادق ضرار مختار القاضي بالسطاة القضائية ، قانون التحكيم لسنة 2005م وتطبيقاته العملية امام المحاكم السودانية ،السلطةالقضائية ، بدون تاريخ طبع ، ص14.
[6] ابراهيم محمد احمد دريج ، التحكيم الداخلي الدولي (النظرية والتطبيق) شركة مطابع السودان للعملة المحدودة ، الخرطوم ، 2010م،ط3، ص13.

على التنقل والترحال جريا وراء اسباب الحياة المادية، مما كان له الاثر الواضح على حياتهم الاقتصادية والسياسية والاجتماعية ، اذ كانت العرب منقسمة الى قبائل ، وتنقسم القبائل الى بطون وافخاذ وعشائر، وعلى راس كل قبيلة رجل يدعى شيخ القبيلة او سيدها، يسوس امورها الداخلية بين افرادها ، امورها الخارجية مع غيرها من القبائل الاخرى[1].

ويتولى منصب شيخ القبيلية انبل افرادها واشرفهم نسباً وممن اتصفوا بالنجدة والسخاء والصبر والحلم والتواضع ، واقواهم عصبية ، واشدهم بطشاً وكثيرا ماكان هذه الخصال موضع تفاخر وتنافر بين رجالات القبيلة في تولية رئاستها ، حال موت سيدها ان لم يكن له ولد يستحق رئاستها بالوراثة .[2]

تعددت صور التحكيم عند العرب في الجاهلية بالنظر الى الشخص المحتكم اليه، وقد تكون رئيس القبيلة والعشيرة وقد يكون الاحتكام الى حكام عرفوا باصالة الراي ، وسعة المدارك ، والصدق ، العدل في الحكم ، او الى الكهنة ،او الى النار او الى الازلام.[3]

كانت الحياة في الصحراء [4]. ترتكزعلى مبدأ الانتقام الشخصي ولم يكن هنالك سلطة سلطة مركزية لحفظ النظام وحماية حقوق الافراد .

وقد كان ذلك هو الراي والنهج السائد لدى القبائل ، كما كانت القواعد العادات القبلية ، في المعتمدة كمرجع ، وقد كان ناتج ذلك انه لم يكن لدى العرب في مرحلة قبل الاسلام ، سلطة قضائية حقيقية ، بمقدروها ان تفصل المنزاعات ، وان تفرض احترام الحقوق ، وان تضع حدا للتسلط عوضا عن سلطة قضائية منظمة ، وكانت هنالك سلطة قبلية ممثلة بشيخ القبيلة متاقلمة مع الشكل المتناسب مع وضع حياة القبائل البدائية ، لقد التحكيم

---

[11] د. قحطان عبد الرحمن الدوري ، عقد التحكيم في الفقة الاسلامي والقانون الوضعي ، مطبعة الخلود ببغداد ، 1405هـ - 1985م، ط1 ، ص 16.

[2] قدري محمد محمود ، التحكيم في ضوء احكام الشريعة الاسلامية – رسالة ماجستير ، جامعة طنطا ، دار الصميعي للنشر والتوزيع ، المملكة العربية للسعودية ، 1430هـ - 2009م، ط1 ، ص34.

[3] قدري محمد محمود ، مرجع سابق، ص 34.

[4] عبد الحميد الاحدب المحامي ، موسوعة التحكيم في البلاد العربية ، بدون ناشر ، بدزن سنة طبع ، ج1، ص20-21.

معروفاً من عرب الجاهلية ، وكان الراجع ان يلجأ اليه الافراد في نزاعاتهم فيما بينهم ، وان تلجا اليه العرب في نزاعاتها في مابينها، وذلك بهدف الوصول الى حل لهذه النزاعات ، وكان هذا التحكيم يعتمد بموجب اتفاق يتضمن ذكرا لموضوع النزاع ، كما يتضمن تسمية الحكم او (الحكيم) المكلف بالنظر فيه، والتاريخ القبلي حافل بهذا الصدد بالامثلة التحكيميه والحكام الذي برزوا في ذلك الماضي البعيد هم عديدون وكانت لهم شهرتهم الواسعة [1] .

كان الناس يلجئون الى الكهان في القضايا التي تحتاج الى فكر غيبي لاعتقاد العرب ان الكاهن شائعاً من الجن [2]. وكثيرا مايلجا العرب الى الكهان من الجنسين ، لتحكيمهم فيما يثور بينهم من منازعات ولعل اتجاههم الى الكهان ورجال الدين يرجع الي ماكان يعتقدونه من قدرة علي معرفة علي معرفة الحقيقة باستخام وسائلهم الغيبية . ولعلهم كانو يلجئون اليهم اكثر الناس ثقافة ودراية بالعادات والتقاليد واقدرهم علي التوصل الي حلول موفقة للمشاكل المطروحه عليهم . وقد كان ياخذ الكاهن في بعض الاحيان عهوداً من الأطراف المتخاصمة قبل سماع الشكاوي بوجوب أمتثال وتنفيذ حكمه وعدم رده مهما كان نوع الحكم وكيف يرد حكم الكاهن وهو في عقيدتهم حكم أوحي الكاهن به ؟ قال أحد الفقهاء :(ذهبت طائفة الي ان التكهن سبب نفساني لطيف يتولد من صفاء مزاج الطباع ، وقوة النفس ونظافة الحس ، وذكر كثير من الناس ان الكهانة من قبل شيطان يكون مع الكاهن يخبره بما غاب عنه[3]) .

وقد أشتهر العرب قبل الاسلام عدة كهانة ذكر الاخباريون أسماءهم منهم (شق وسطيح ، خنافر بن التوام الحمير[4]) واخرون واشهرهم واعرفهم شق وسطيح وللاخباريين

---

[1] نذكر بين هولاء : أكثم بن صيفي وحاجب بن زرارة والاقرع بن حابس وربيعة بن محاشن من قبيلةلا تميم ، وعامر بن الظرب العدواني وغليان بن سلمة الثقفي من قبيلة قسي ، وعبد المنطلب بن هاشم وابو طالب بن هاشم والعلاء بن حارثة من قبيلة قريش .

[2] د. أحمد شلبي ، موسوعة النظم والحضارة ، مكتبة النصضة المصرية ، 1981 ، ط2 ، ص90 .

[3] د. جواد علي ، المفصل في تاريخ العرب ، قبل الاسلام ، المجمع العلمي بغداد ، 1955 ، ج5 ، ص497 .

[4] شق وهو بن يشكر بن رهم بن افرك بن قسر بن عبقر بن انمار ابن نزار ، وانمار ابو بجيلة وخثعم

عنهما قصص اخرجها من علم الواقع ولم تحرم النساء الكهانة فكان لهن فيها نصيب وقد ذكر الاخباريون اسماء عدد من الكهانات اشتهرت كهانتهن قبل الاسلام منهن (ظريفة وزبراء وسلمي الهدانية وعفراء الحميرية) وغيرهن ومن هذا الراي أن المراة كان لها نصيب في الكهانة ولايوجد ثمة ما يمنع تكون محكمة في تلك المرحلة .

ونعتقد أن الكهان يتمتعون بنفوذ واسع ويمارسون أعمالا كثيرة ثم تحدد نفوذهم قبيل الإسلام في التنبو والفصل في الخصومات وكثرة الاحتكام اليهم في الامور وطلبهم الفصل فيها وصارت كلمة (حكم) مرادفة لكلمة (كاهن) في بعض الاحيان .

خلاصة القول إن التحكيم عند العرب قبل بعثة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم كان معروفا لدي المجتمعات القديمة بل كان شريعة عامة وخاصة وعرفا سائد عند العرب قبل الإسلام الي ان اللجوء اليه كان اختياريا ولا سبيل لجبر المختصمين بتنفيذه الا اذا التزموا به ونفذه طواعية واختيارا فإذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم طواعية لم يكن هناك من سبيل لجبره بتنفيذه وكان ذلك يؤدي الي القتال بين أفراد القبيلة اوبين القبائل بغضها ببعض وكان المحكمون يقومون بدور السلطة القضائية في المجتمعات البدائية والمجتمعات القديمة وهو الفصل بين الناس في الخصومات لان اللقضاء وليد المجتمعات المتمدنة ونظام التحكيم هو أقدم صور القضاء المتمثل في المحاكم المكونة من محكمين وتسمي بالمحاكم الشعبية كانت وفقا لضميرها وعاداتها وتقاليدها واعرافها ويختلف اسلوب التحكيم من قبيلة الي اخري حسب الجرم المرتكب المراد العقوبة عليه من قبل الحكمين الذين يتولون الفصل في النزاع القائم بين الخصوم سواء كان المحكمون رجالاً أو نساء قياساً بالعصر الحديث الان .

المطلب الثاني :

التحكيم في العصور الوسطي :

شهد التحكيم في العصور الوسطي تطوراً كبيراً ، وهذا التطور جاء في ظل المبادي التي نادي بها فقهاء الكنيسة ، فمبدا قدسية العقد حيث اعتبرت الإدارة مصدر القوة الملزمة في العقد ، ومبدا حسن النية قاعدة تنفيذ وتفسيره ، فكان للمتعاقدين الحرية في الإتفاق علي التحكيم مع إحترام او الإلتزام بقرار المحكم ، وساعد ذلك في نفوذ البابا والإمبراطور ، وكان قرار التحكحيم الصادر من احدهما يتخذ في الغالب صفة حكم قضائي صادر من جهة اعلي تتمتع بسلطة روحية وزمنية .[1]

عرف التحكيم في عصر الفراعنة[2] طريقتين لنظام التقاضي والفصل في المنازعات التي تنشب بين أفراد المجموعات فالطريقة الأولي هي نظام القضاء العام وهو القضاء العادي الذي يتبع للحكام ، أما الطريقة الثانية فهي القضاء الخاص وهو ما يسمي بالتحكيم[3] فكانت الدولة تجوز للأفراد الإلتجاء الي محكمين يختارونهم فيما بينهم (وكان حكم التحكيم نهائياً قابلاً للتنفيذ دون الحاجة الي عرضه علي المحاكم وقد أستعمل نظام التحكيم في العهد الإقطاعي لتمكين الشريف صاحب الإقطاعية من تولي الفصل في الخصومات التي تثصور بين المقيمين في إقطاعيته [4]) .

وقد ظهر نظام التحكيم في العصر الفرعوني مع ظهور النظام الإقطاعي فكانت هناك خلافات بين الفلاحين والأشراف تحدث بإستمرار واحياناً تكون في شكل توارث ، وطبيعة حسمها لم يكن يصلح فيه القضاء وانمال الوسيلة التي كانت تصلح لحل مثل هذه النزاعات هي التحكيم .

---

[1] / د. قطحان عبد الرحمن الدوري ، مرجع سابق ، ص 38- 39

[2] / الفراعنة هم شعوب عاشوا في القرون قبل الميلادية زأسسوا أكبر حضارة قديمة في التاريخ في منطقة شمال النيل بمصدر ويقول المؤرخين أن سلالة القبط انحدرت منهم ، نقلاً عن د. هيثم مصطفي سليمان ، مرجع سابق ص 53

[3] / د. صوفي ابوطالب ، مرجع سابق ، ص 202 .

[4] / / د. صوفي ابو طالب ، مرجع سابق ، ص203 .

في التحكيم في العصر الإغريقي[1] كانت الدولة الإغريقية عبارة عن المدن متفرقة علي رأس كل مدينة حاكم يحكم تلك المدينة ، واشتهرت اليونان القديمة بأن كل مدينة كلنت مستقله بسلطتها وتكون هذه المدن فيما بينها نظاماً دولياً [2]. وكانت تحدث منازعات بين هذه المدن اليونانية ، وكان التحكيم يتم بعد مفاوضات تجري بين الأطراف المختلفة ويكون القرار النهائي في شكل معاهدة يتم بموجبها حسم النزاع .

وقد قال احد فقهاء القانون الدولي العام في هذا الشان : يعتبر التحكيم تاريخياً الصيغة الأولي الدولية ولاسيما في المدن اليونانية ، حيث قامت المنتديات الشعبية بدور مهم في مضمار التحكيم الدولي)[3] .

هنالك سبب آحر أدي الي تطور التحكيم في العصر الإغريقي هو أن شعوب ذلك العصر عرفت التجارة الخارجيه فكانت لهم اسواق مشهوره تقصدها كل الشعوب التي عرفت المدن الاغريقيه انذاك ، وقد في تاريخ الجزيرة العربية أن العرب كانت لهم رحلتانالأولي تتجه الي الجنوب وهي رحلفة الشتاء والثانية رحلة الصيف وتتجه الي الشمال، وكانت الرحلة الثانية الي الشمال ويقصد بهاغ العرب بلاد اليونان للتجارة في الأسواق الرومانية وغيرهم من الأجناس الأخري الذين فيبيعون ويشترون[4] وقلما كانت النزاعات تحدث بين التجار من اليونان وغيرهم من الأجناس الأخري الذين يفدون في طلب التجارة ، وعند حدوث النزاعات بين الوافدين وأهل البلد أوبين الوافدين فيما بينهم كانت الوسيلة الحاسمة لتك النزاعات هي عرض النزاعات أمام محكمين .

---

[1] / الإغريق هم شعوب أوربية قديمة سكنت أوربا ويعرفون باليونان وهم اول من أسس الحضارة في أوربا ، نقلاً عن د. هيثم مصطفي سليمان ، مرجع سابق ، ص54 .

[2] / د. إبراهيم محمد العناني ، الجوء الي التحكيم الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1973م ، ط1 ص 12 .

[3] / شارل رسو ، القانون الدولي العام ، ترجمة إلي العربية : شكر الله خليفة وعبد المحسن سعد ،الأهلية للنشر والتوزيع ، بيروت – لبنان ، 1987 ، ص302 .

[44] الرومان هم شعوب عاشوا في اروبا وعاصروا نشاة الدولة الإسلامية واتخذوا من روما عاصمة لهم ثم بعد الفتوحات الإسلامية جعلوا عاصمتهم القسطنطينية وقامت حضارتهم علي انقاض الحضارة الإغريقية ويعتنق الشعب الروماني الديانة المسيحية ، نقلاً عنى د. هيثم مصطفي سليمان ، مرجع أسبق ، ص 55 .

والتحكيم في العصر الروماني تختلف فيه الشعوب الرومانية عن الشعوب اليونانية في ان الأولي كانت تحب الحرب وحياة الكر والفر عكس الثانية التي اشتهرت بحب السلام والعيش في أمان ، ولكن بالرغم من هذه الطبيعة إلا ان الإمبراطورية الرومانية أسواق كبيرة مثل تلك الأسواق التي كان يقصدها العرب من الحجاز واستمرت الرحلتان تدرج العرب عليهما سنويا حتي عندما قدم النبي صلى الله عليه وسلم بالدعوة وأنزل الله تعالى قوله : {لِإِيلَافِ قُرَيْشٍ ﴿١﴾ إِيلَافِهِمْ رِحْلَةَ الشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ ﴿٢﴾}[1] .والمتتبع لتاريخ الإمبراطورية الرومانية يجد أن النظام التحكيمي كان معمولاً به وذلك لسببين أولهما : إن النزاعات كانت تحدث بسبب اللخلافات في التجارة والعقود التجارية بين التجار الذين يفدون من خارج الإمبراطورية الرومانية وبين التجار الرومان . السبب الثاني كانت هناك نزاعات تحدث بسبب الغازات التي كان يشنها حكام الروم من حين الي آحر ، فإن النزاع أياً كان شكله فإنه في النهاية ينتهي بحل ،وكانت الوسيلة المتبعة لحل النزاعات هي نظام التحكيم كوسيلة ثانية لنظام القضاء بالنسبة للمنازعات التجارية .[2]

أما المنزاعات ذات الطابع الحربي فلم تكن هناك وسيلة لحلها غير التحكيم واصبحت اتفاقيات التحكيم في ذلك الوقت خاصة في مركز التجارة الدولية كالجهود الإيطالية والتي وجدت مباركة المنيسة وذلك لأن التحكيم يتصف بأخلاق عالية وسامية تتفق وتعاليم الكنيسة كالتسامح والتصالح والتضحية المتبادلة والإقتصاد .[3]

أما في إطار العمالة الدولية في اوربا الغربية المسحية ، فقد تطورت فكرة اللجوء للتحكيم في ذلك العصر وذلك نتيجة لعوامل إجتماعية ثلاثة : أولها يرجع الي ما قامت به الكنيسة الكاثوليكية والبابا بدورها في الدعوة للتحكيم وإتباعه كوسيلة لتسوية المنازعات بين المسيحين والثاني هو إن الجماعات المحلية والأوربية قد مارست التحكيم ، والعامل الثالث

[1] سورة قريش ، الأيتان (1 ، 2) .
[2] / تفسير البيضاوي ، دار الفكر ، بيروت – لبنان ، طبعة 1416ه – 1996م ، ج5 ، ص532 .
[3] / د. نارمان عبد القادر ، المرجع السابق ، ص23 .

في غطار العلاقات بين البارونات والملوك في إطار المجتمع الإقطاعي فيما يقوم بينهم من خلافات ، أو نزاع بالملكية الإقلمية فكان يتم تسوية ذلك باللجوء للتحكيم[1] ، حيث عرفت تلك مبدأ تحكيم الأقران ، وبمقتضي هذا المبدأ يختار الملوك والامراء المتنازعون محكماً من بين الأمراء نص فيها علي الإجراءات الدائمة للتحكيم ، وكذلك تحتكم المدن المتنازعة الي مدن أخري . كذلك نادت الثورة الفرنسية 1899م بالحرية في مختلف المجالات من بينها التعاقد ، وأقرت مبدأ احترام إرادة المتنازعين في سلوك طريق التحكيم في تسوية منازعاتهم [2].

كما صدرت التقنيات الفرنسية الموضوعية مثل القانون التجاري والذي جعل التحكيم إجبارياً ومنذ بداية القرن التاسع عشر وأثناء تطور الثورة الصناعية والتي كان لها الدور البارز في ظهور شركات الأموال الكبري ، وتدفق رأس المال بصورة كبيرة ، أدي الي تطور قانون التجارة الدولية واستعادة طابعه الدولي[3] ،

كما اصبحت العقود النموذجية لسندات الشحن وتاجير السفن وبوالص التأمين وعقود بيع البضائعوتسليمها واستغلال براءات الاختراع ، ومقاولات الأنشاء والمصانع وعقود تراخيص الإنتاج ومقاولات الأنشغال الكبري كإلقامة الموانئ والمطارات والطرق وغيرها ، لا تخلو من شرط التحكيم في معظم الأحوال ، ونتيجة لهذه الظروف فقد تهيئ الجو الملائم للعودة الي التحكيم كوسيلة للفصل في المنازعات بين التجار علي المستوي الدولي في القرن العشرين .[4]

كذلك ان النظم القانونية التجارية في العديد من الدول في الأزمنة المعاصرة مستمدة من المدنيات القديمة ، فإن التجارة الدولية ترجع في أصولها في القرون الوسطي في غرب

[1] / د. ابراهيم محمد العناني ، المرجع السابق ، ص13 .
[2] / المحاميان عبد الهادي عباس وهواش جهاد ، التحكيم ، دار الأنوار للطباعة ، دمشق ،1982م ، ط1 ، ص15 .
[3] / د. مهند أحمد الصانوري ، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولى الخاص ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، القاهرة 2005م ، ط1 ، ص20 .
[4] / د. محمد أحمد الصانوري ، المرجع السابق ، ص26 .

أوربا وحوض البحر البحر الأبيض المتوسط ، علي التجارة التي كانت تقوم عليها جمهوريات شمال إيطاليا منذ القرن الحادي عشر الميلادي ، كذلك التجارة التي ترتكز في الأسواق والمعارض والمرافي في بعض المدن الكبري في غرب أوربا فيما بين القرن الثاني عشر والقرن الرابع عشر الميلادي ولذلك ظهرت أعراف وعادات أنشأها التجار ، وهذه الأعراف والعادات والممارسات التجارية اكتسبت الصفة الدولية أي قواعد دولية ، وأصبحت عامة وموحدة وواجبة التطبيق في تلك المدن والأسواق علي طبقة التجار المتعاملين فيها بصرف النظر كونهم أجانب ، بصورة تستقل عن أعرافهم الوطنية ، ذلك ما أطلق عليه قانون التجارة ذو الطابع الدولي الذي ساد أوربا ايضاً وفي المشرق ، حتى أواخر القرون الوسطى .[1]

خلاصة القول ان التحكيم عند الامم السابقة كان معروفاً لدي المجتمعات القديمة في الدول الاوربية في اليونان وروما وأمريكا وإيطاليا والدول الشرقية عند السومريون كالعراق القديم جنوبا وعند البابليين والآشوريين في القرن الحادي والثلاثون قبل الميلاد أي منذ خمسة الف سنة ، وقد كان يعتمد التحكيم في العصور الوسطى علي الكهنة وتحكيم الآلهة كالبابا والإمبراطور وياخذ الحكم صفه قضائية صادرة من جهة أعلي ، حيث كان الملوك والأمراء ياخذون بمبدأتحكيم الأقران يتم بموجبه اختيار محكم من الأمراء ، هذا وقد عالج قانون التحكيم بصفة عامة وخاصة موطن الاختلاف والتعارض بين القانون الفرنسي والقوانين والأتفاقيات الدولية والتي تجيز الإتفاق [2].

[1] / د. أحمد المصطفي محمد صالح ، التحكيم في عقود الإستثمار (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراة جامعة شندي ، 2012م ، ص19 .
[2] / بتصرف الباحث .

المبحث الثاني :التحكيم في الشريعة الإسلامية

المطلب الأول :

مشروعية التحكيم في القرءان الكريم :

قال تعالى :{وَكَيْفَ يُحَكِّمُونَكَ وَعِندَهُمُ التَّوْرَاةُ فِيهَا حُكْمُ اللَّهِ ثُمَّ يَتَوَلَّوْنَ مِن بَعْدِ ذَٰلِكَ ۚ وَمَا أُولَٰئِكَ بِالْمُؤْمِنِينَ ﴿٤٣﴾} [1] . سبب نزول هذه الآية هو أن طائفتان من اليهود قهرت إحداهما الأخري في الجاهلية حتي ارتضوا ، فاصطلحو علي أن كل قتيل قتلته العزيزة من الذليلة فديته خمسون وسقا ، وكل قتيل قتلته الذليلة من العزيزة فديته مائة وسق فكانو علي ذلك حتي قدم الرسول صلى الله عليه وسلم فقتلت الذليلة من العزيزة قتيلاً فأرسلت العزيزة أن أبعثوا بمائة وسق ، فقالت الذليلة وهل كان في حيين قط دينها واحد ونسبتها واحدة وبلدها واحد ، ودية بعضهم نصف دية بعض إنا أعطيناك هذا ضيما منكم وخوفاً وخرقاً فأما إذا قدم محمد فلا نعطيك فكادت الحرب تهيج بينهما ثم ارتضوا علي أن جعلوا رسول الله صلى الله عليه وسلم حكما بينهما) [2].

جاء القراءن الكريم في كثير من اياته موافقاً ومقراً لنظام التحكيم الذي كان سائداً عند العرب في فترة ما قبل الإسلام ، ومن بعد ذلك أختلف[3] فقهاء التحكيم في الاستدلال بايات القراءن وانقسموا الي فرقين فريق استدل بالاية المتمثلة في قوله تعالى : ({يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴿١﴾} .[4]

وتفسير الاية الكريمة في (شقاق بينهما) :أي خلافاً يقع بينهما ، والشقاق : المنازعة والخصومة حتي يصبح كل واحد في شق مقابل . ودلالة الآية ، ان الحق سبحانه وتعالى

---

[1] / سورة المائدة ، الاية (43) .
[2] / الأستاذ مروتن سوار ، تفسير الجلالين ، مطبعة دار المعرفة ، بيروت – لبنان ، 1998م ، ص330 .
[3] / د. القصميصي صلاح أحمد محمد طه ، عقد التحكيم وإجراءاته ، مرجع سابق ، ص24 .
[4] / سورة النساء ، (35) .

العليم والخبير امر ببعث الحكمين ، حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة ، إذا ما خيف وقوع الشقاق بينهما فكان ذلك نصاً منه تبارك وتعالى علي جواز التحكيم في حق الزوجين ، وإذا ما جاز التحكيم في خق الزوجين دل ذلك علي جوازه في سائر الدعاوى .[1]

فقد تضمنت اللآية الكريمة حكماً صريحاً في مشروعية التحكيمك بين الزوجين عند اختلافهما ، حكم من أهلها ترضيه ، وحكم من أهله يرتضيه لأن هذا النوع من اهم المنازعات وأدقها وقد أختصه الشرع بهذا النوع من التقاضي لأهميته فمؤسسة الأسرة عزيزة علي الإسلام بقدر خطورتها في بناء المجتمع .[2]

ونجد أن الفريق الأول من العلماء أستدل بالآية المزكورة (آية الشقاق) واعتبروها سند التحكيم ومشروعيته من القرءان . فالآية صريحة في الدلالة علي جواز التحكيم ومشروعية بين الزوجين عند الشقاق وكذلك سائر الخصومات فللخصمين أن يحكما برضاهما ثالثاً ليفصل[3] بينهما أما الفريق الثاني من العلماء استدل بالآية المتمثلة في قوله تعالى {فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴿٦٥﴾}[4] فتفسير الآية الكريمة[5] : (فلا وربك) :فوربك ولا مزيدة للتأكيد (حتي يحكموك) : أي يجعلوك حكماً بينهم في جميع أمورهم ، لا يحكمون أحداً غيرك .(فيما شجر بينهم) : فيما اختلف بينهم واختلط . (في أنفسهم) في قلوبهم . (حرجاً) :شكاً (مما قضيت) أنه الحق . (ويسلموا تسليما) :لأمرك في القضاء خضوعاً .

وتفسير الآية الكريمة (فلا وربك) أي تعالى بنفسه الكريمة المقدسة أنه لايؤمن احد حتي يحكم الرسول صلى الله عليه وسلم في جميع الأمور فما حكم فهو الحق الذي يجب الانقياد له باطناً وظاهراً) فهذه الآية من الآيات الخاصة بالرسول صلى الله عليه وسلم

[1] / د. منير أحمد قاضي ، القرآن الكريم وبهامشه ذبدة التفسير المنير ، دار السلام للطبع والنشر والتوزيع والترجمة ، الاسكندرية ، القاهرة ، 2005م ، ط1 ، ط2 ، ص84 .

[2] / د. سيد قطب ، في ظلال القرآن ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ج3 ، ص363.

[3] / الامام ابو عبد الله محمد بن احمد الانصاري القرطبي ، الجامع لاحكام القران ، بدون ناشر ، بدون سنة طبع ، ج5 ، ض179 .

[4] / سورة النساء ، الاية (65) .

[5] / ابن كثير ، تفسير القران العظيم ، مكتبة الصفا ببيروت ، بدون سنة طبع ، ج1 ، ص493 .

ومخاطب بها باعتباره رئيس الدولة الإسلامية ولم يختر فيها الخصملن قانوناً خاصاً ليحكم به الرسول الكريم كما في التحكيم[1] وإنما حكم الرسوبل الكريم بالكتاب والسنة وبالتالي فإن الآية لا تصلح للاستدلال علي التحكيم كم القرءان . وآية الشقاق بالرغم من انها محصورة علي الأحوال الشخصية في حل النزاع إلا انها الأقرب الي التحكيمويمكن الستدلال بها مع التحفظ علي طبيعة النزاع .

وقال تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ لَا يَحْزُنكَ الَّذِينَ يُسَارِعُونَ فِي الْكُفْرِ مِنَ الَّذِينَ قَالُوا آمَنَّا بِأَفْوَاهِهِمْ وَلَمْ تُؤْمِن قُلُوبُهُمْ ۛ وَمِنَ الَّذِينَ هَادُوا ۛ سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ سَمَّاعُونَ لِقَوْمٍ آخَرِينَ لَمْ يَأْتُوكَ ۖ يُحَرِّفُونَ الْكَلِمَ مِن بَعْدِ مَوَاضِعِهِ ۖ يَقُولُونَ إِنْ أُوتِيتُمْ هَٰذَا فَخُذُوهُ وَإِن لَّمْ تُؤْتَوْهُ فَاحْذَرُوا ۚ وَمَن يُرِدِ اللَّهُ فِتْنَتَهُ فَلَن تَمْلِكَ لَهُ مِنَ اللَّهِ شَيْئًا ۚ أُولَٰئِكَ الَّذِينَ لَمْ يُرِدِ اللَّهُ أَن يُطَهِّرَ قُلُوبَهُمْ ۚ لَهُمْ فِي الدُّنْيَا خِزْيٌ ۖ وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿٤١﴾﴾[2].(الذين يسارعون في الكفر) : يبادرون ويقعون في الكفر . (ولم تؤمن قلوبهم) : في السر وهم المنافقون وكانت علانيتهم تصديقاً@ ، وسرائرهم تكذيبا . (ومن الذين هادوا سماعون) : وهم يهود فدك . (لقوم آخرين) : من اليهود أيضاً لم يحضرواغ مجلس النبي صلى الله عليه وسلم تكبراً وبغضاً أو هم بني قريظة وكانوا جواسيس لقوم آخرين وهم يهود خيبر . (يحرفون الكلم من بعد مواضعه) : من بعد أن وضعه الله تعالى وأحل حلاله وحرم حرامه . (يقولون إن أوتيتم هذا) : أن افتاكم محمد بالجلد والتحميم ((تسويد الوجه بالحمم وهو الفحم) في صاحبتنا . (فخذ1وه وإن لم توتوه فاحذروا) : وإن أفتاكم بالرجم فاحزروه . (فتنته) : ضلاله . (لهم في الدنيا خزي) : وخم المنافقون وخزيهم الفضيحة بإظهار نفاقهم وأيضاً اليهود ، وخزيهم الجزية أو القتل أو السبي أو النفي[3]) .

[1] / د. فاطمة محمد العوا ، عقود التحكيم في الشريعة والقانو ن، المكتب الإسلامي ببيروت ، 2002م ، ط1 ، ص222 .
[2] /سورة المائدة ، الأية (41) .
[3] / د. منير أحمد قاضي ، المرجع السابق ، ص114 .

سبب نزول هذه الآية قيل نزلت في بني قريظة والنضير قتل قرظي نضرياً وكانوا بنو النضير إذا قتلوا من بني قريظة لم يقيدوهم ، إنما يعطونخم الدية فتحاكموا الي النبي صلى الله عليه وسلم ، فساوي بينهم .[1]

وروي أن احد الصحابة طلب منه الخليفة عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن يكون قاضياً فقال : لا استطيع فقال له الخليفة : كذبت فقال للخليفة : وهل يولى الكذاب قاضياً؟ وهذا شرحاً للآية الكريمة :{وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنفَ بِالْأَنفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ۚ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ ۚ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿٤٥﴾}[2].

وقوله تعالى : {وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ الْكِتَابِ آمَنُوا وَاتَّقَوْا لَكَفَّرْنَا عَنْهُمْ سَيِّئَاتِهِمْ وَلَأَدْخَلْنَاهُمْ جَنَّاتِ النَّعِيمِ ﴿٦٥﴾} [3] . فتفسير الآية الكريمة[4] : (وانتم حرم) ى: مجرمون بالحج والعمرة ، (من النعم) : الإبل والبقر والغنم ، (ذاو عدل منكم) : فقهين من المسلمين ، (هدياً بالغ الكعبة) : أي يهدي تلك الكفارة الي الكعبة فيذبحه بمكة ويتصدق علي مساكين الحرم ، (أو عدل ذلك صياماً) : أي مثله ، (ليذوق وبالأمره) : ثقل جزائه ، (عفا الله عما سلف) : عما معني قبل التحريم و (ومن عاد) : الي ما نهي عنه ، (فينتقم الله منه) : في الآخرة .

نهي الحق سبحانه وتعالى عباده المؤمنين عن قتل الصيد ماداموا حرماً ، وجعل علي قتله الجزاء يحكم به عدلان ، وعموم الآية أعطي قاتل الصيد إقامة عدلين للحكم عليه بالجزاء وبغير إذن الإمام ، ويجزئ إخراج الجزاء بناءً علي حكمهما فدل ذلك علي أن الآية نصت جواز التحكيم ، وإلا لما أجزاء القاتل للصيد ما أخرجه بناءعلي حكم غير المؤلين من قبل

[1] / الإمام القرطبي محمد بن احمد الانصاري ، تفسير الجامع لأحكام القرآن ، مطبعة دار الكتب المصرية ، القاهرة 1950م ، ط1 ، ج6 ، ص176 .
[2] / سورة المائدة الاية (45) .
[3] / سورة المائدة ، الأية (95) .
[4] / أبو جعفر محمد بن جرير الطبري ، تفسير الطبري ، المكتبة التوفقية القاهرة ، بدون سنة طبع ، ج7 ، ص48 .

الإمام ، وإخراج الفجزاء ثانية بناء علي علي حكمهما وهذ1 لم يجز به عمل الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين ، فلقد روي ابن جرير عبد الله البجلي أنه قال : (أصبت صيداً وأنا حرم ، فأتيت عليك ، عمر بن الخطاب رضى الله عنه فأخبرته ، فقال أئت رجلين من أصحابك فليحكما عليك ، فأتيت عبد الرحمن ابن عوف[1] وسعيد بن مالك[2] رضى الله عنهما).

هذه الآية السابقة من القرءان الكريم مقصود بها التحكيم ولكن كثيراً من فقهاء التحكيم لم يأخذوا بها بالرغم من انها أقرب الآيات الي التحكيم بالفهم الحديثوهي آية التحكيم في جزاء قتل الصيد في الحرم[3] وهذه الآية تعتبر أساسا في جواز التحكيم ، وما يملك الأفراد الاتفاق علي إسقاطه والإعفاء منه يجوز فيه التحكيم ، فإن التقاضي حق للأفراد ، وكذلك قوله تعالى : {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ۚ وَمَن قَتَلَهُ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَٰلِكَ صِيَامًا لِّيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ ۗ عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ ۚ وَمَنْ عَادَ فَيَنتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انتِقَامٍ ﴿٩٥﴾}[4] فتفسير الآية الكريمة : (او أعرض عنهم) : فيه تخيير لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، بين الحكم وبينهم والإعراض عنهم . (بالقسط) : بالعدل .[5]

يمكن القول أن هذه الآيات السابقة نزلت في حكم التحكيم والآية الأولي والرابعة متعلقان بتحكيم الرسول صلى الله عليه وسلم لغير المسلمين في خصوملت حدثت بين أشخاص من غير رعايا الدولة الإسلامية حيث كانت الدولة الإسلامية آنذاك تنحصر في

[1] / هو عبد الرحمن بن عوف بن عبد الحارث بن زهرة بن كلاب بن مرة بن لوي ابو محمد احد العشرة المبشرين بالجنة واهل السته من اهل الشوري ، واحد السابقين البدريين القرشي الزهري ، وهو احد الثمانية الذين بادروا الي الإسلام وله عدة أحاديث ، روي عنه ابن عباس بن عمر وانس بن مالك ، وبنوه ابراهيم وحميد وابو سلمي وعمر ومصعب ، سير أعلام النبلاء ، ج3 ، ص49.

[2] / هو سعد بن مالك بن سنان اسلم وهو صغير واستشهده والده في غزوة احد ، شهد ابو سعيد غزوة الخندق ، وكان من كبار علماء الصحابة والمكثرين في رواية الحديث ، وهو من ذرية الخذرج الاكبر فقيل له الخزرجي وهو من الانصار وامه هي انيسة بنت ابي حارثه من بني عدي النجار ، الذهبي ، سير أعلام النبلاء ، ج5 ، ص256 .

[3] / د. القصيمي صلاح أحمد محمد طه ، مرجع أسبق ،ص25 .

[4] / سورة المائدة الأية ، (42) .

[5] / د. منير أحمد قاضي ، مرجع سابق ، ص115 .

المدينة فقط وتسمي دولة المدينة وعقد مؤسسة الرسول صلى الله عليه وسلم معاهدات مع اليهود الذين كانوا يسكنون بالقرب منها وسمح لهم بتطبيق قواعد دياناتهم وأعرافهم في نزاعاتهم ، بيد انه كان يطبق علي المدينة القواعد الإسلامية ، وتعرف المجتمعات اليهودية حتى نزول هاتان الآيتان بانها جماعات مستقلة غير ذمية ، لأن القواعد الذمية لم تكن نزلت بعد ، إذن فقبول الرسول صلى الله عليه وسلم للتحكيم في النزاعات اليهودية هو قبول لتحكيم خارجي وهذا ما نسميه اليوم بالتحكيم الدولى لأن اليهود كانوا يسكنون في قلاع يتحكمون في سيادتها وهي أشبه بدولة المدينة الناشئة ، عليه اتفق مع الفريق الاول من الفقهاء القائلين بجواز التحكيم زمشروعيته في القرءان الكريم في الآية الثانية (آية الشقاق) وذلك باختيار حكماً من أهل الزوج ومن أهل الزوجة وذلك بغرض الوصول الي صلح حقيقى يقطع دابر الشقاق بينهما ، لذلك اختار الرأي الثاني وأميل الي الرأي الأول وأيد الرأي الثالث من الفقهاء القائلين بأن الآية الثلثة (آية الشجار) لا تصلح للاستدلال علي التحكيم بل بهذه الآية الكريمة المحكمخ الرئيسى الدئم هو الرسول صلى الله عليه وسلم ، وهي صادرة من الدستور السماوي الذي ينبغي أن يرجع له أهل التحكيم لمعالجة الخلل القائم في النزاع[1] .

[1] / بتصرف الباحث .

المطلب الثاني :

مشروعية التحكيم في السنة النبوية والإجماع :

أولاً : التحكيم في السنة :

كثرت آيات القرءان الكريم في إقرار شرعية التحكيم فقد أصبحت لاتحصي ولاتعد حيث جاءت السنة الشريفة مقلرره ومؤمكدة اعتراف الفقه الإسلامي بالتحكيم ، وتوجد كثير من الأحاديث الشريفة والأثر الطيب للرسول صلى الله عليه وسلم نذكر منها سبيل المثال ما رواه أبو سعيد الخدري[1] قال : نزل أهل قريظة علي حكم سعد بن معاذ[2] رضي الله عنه ، فارسل النبي صلى الله عليه وسلم الي سعد فأتى ، فلما دنا من المسجد ، قال للأنصار : قوموا الي سيدكم أو خييركم فقال : هؤلاء نزلوا علي حكمك ، فقال : يقتل مقاتلوهم وتسبي ذراريهم ، قال: قضيت بحكم الله ، وربما قال : بحكم الملك[3] . ففيه دلالة علي مشروعية التحكيم فقد أقر النبي صلى الله عليه وسلم نزول بني قريظة علي حكم سعد بن معاذ .

وعن شريح بن هانئ رضي الله عنه عن أبيه هانئ أنه لما ووفد بالي رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعهم وهم يكنون هانئاً أبا الحكم ، فقال : إن قومي إذا اختلفوا في شئ أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين ، قال : ما أحسن هذا فمالك من الولد ، قال : لي شريح وعبد الله ومسلم[4] ، قال : فمن أكبرهم . قال شريح . قال : فأنت أبو شريح فدعا له ولولده .

---

[1] /حديث شريف أخرجه البخاري ومسلم ،(متفق عليه) واللفظ للبخاري ، وصحيح البخاري المطبوع مع فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر ، كتاب المغازي ، باب مرجع النبي صلى الله عليه وسلم من الأحزاب ،ج7 ، ص411 ، رقم الحديث 4121 ، صحيح مسلم المطبوع مع شرح النووي ، ج12 ، ص92 .

[2] / هو ابن النعمان بن امروء القيس بن زيد بن عبد الاشهل ، السيد الكبير ، الشهيد ابو عمار الأنصاري ، الأوسي الاشهلي ، البدري الذي اهتز العرش لموته ، ومناقبه مشهورة في الصحاح وفي السير وغير ذلك قد اوردة جملة من ذلك في تاريخ الإسلام في سنة وفاته .(الذهبي ، سير أعلام النبلاء ، ج3 ، ص171 .

[3] / أحمد بن شعيب ، سنن النسائي ، كتاب آداب القضاة ، ج8 ، ص266 .

[4] / أخرجه ابو داؤد في سننه ، كتاب الآداب ، باب في تغير الاسم القبيح ، واللفظ له وصححه الالباني في صحيح سنن ابو داؤد ، ج3 ، ص636، رقم الحديث 4145 ، واخرجه النسائي في سننه ، كتاب آداب قضاة ، باب اذا حكم رجلا فقضي بينهم ، مصورة عن الطبعة الأولي ، بيروت دار الفكر ، الحديث رقم 1348 ، ج8 ، ص226 .

والدلالة علي هذا الحديث امتدح الرسول صلى الله عليه وسلم هانئاًُعلي ماجري منه من الحكم بين قومه فدل ذلك علي مشروعية التحكيم[1] من السنة .

ثانياً الإجماع :

الإجماع[2] هو ثالث ينابيع الشريعة الإسلامية ، وأكثر وضوخاً في ما يتعلق بتحديد التحكيم وفي تحديد ميدان تطبيقه . من ذلك يستنتج أن صحة التحكيم وشرعيته ، لم تكن إطلاقا مجالاً لأي شك ، أو أية مناقشة في الشريعة اللإسلامية .

وقد كان هنالك منحى مخالف فيما يتعلق بميدان التحكيم أن يتطرق الي الموضوع تعيين خلف للخليفة ، وبشكل عام أن يتطرق للنزاعات المتعلقة بالسلطة والحكم .

وقد كان الأمر كذلك بالنسبة للمناقشة التي حصلت مابين جملة من المدارس ، ذات الاتجاهات المختلفة حول التفسير الذي يقتضي إعطاؤه للتحكيم ، وما إذا كان يقتضى أن يعتبر مجرد محاولة لإحقاق الصلح مابين المتنازعين (أي التحكيم بالصلح)، أو إذا كان يقتضي أن يعهد إلي الحكم الفصل في النزاع (أي اعتباره بالمفهوم المعتمد في العالم الغربي في هذه الأيام) .

أ/ التحكيم :

لقد ورد ذكر التحكيم في موضوع النزاعات العائلية صراحة ، في القرءان الكريم في أحد آياته البينات :

{يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً ۚ وَاتَّقُوا اللَّـهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ اللَّـهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴿١﴾} [3] .

[1] / د. القصيمي صلاح أحمد محمد طه ، مرجع أسبق ، ص26 .
[2] / موسوعة التحكيم في البلاد العربية ، المرجع السابق ، ج1 ، ص23- 24 .
[3] / سورة النساء ، الأية (35) .

وكذلك في الآية {وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾}[1] .

وإذا كان التحكيم مشروعاً في موضوع النزاعات العائلية ، ومعترفاً به في موضوع الأموال فهل الأمر كذلك فيما خص النزاعات بمواضيع السلطة والحكم؟.

وما يدل علي ذلك ايضاً إجماع علي صحة التحكيم لفض المنازعات ، عندما حدث نزتع بين سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه وأبى بن كعب[2] رضى الله عنه بشان نخيل حيث اتفقا علي تحكيم زيد بن ثابت[3] للفصل في النزاع ، وعندما ذهب الخليفة مع خصمه إلي زيد دهش وسأل الخليفة عن سبب استدعائه اليه من حضوره شخصياً ،فأجاب الخليفة (عندما نحتكم نأتي الي بيت المحكم لنطلب اليه الفصل في النزاع ، ثم دخل الخليفة وخصمه إلي زيد بن ثابت رضي الله عنه فأعطاه وسادة ليرتاح عليها ، فرفض الخليفة ذلك قائلاً : هذا أول تصرف يفتقر إلي الإنصاف .

ثالثاً : التحكيم في الفقه الإسلامي :

أجاز فقهاء المذهب الخنفي التحكيم إجمالا في كل أمر عدا الحدود والقصاص والدية علي العاقلة وا في المحكم ما اشترطوه في القاضي من صفات وإذا كان المحكم بمنزلة القاضي فيما بين الخصمين فيشترط فيه أهلية القاضي . ولا يجوز لذلك تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام الإهلية وجعلوا صلاح اختيار المحكم مبنياً علي تمتعه بأهلية الشهادة [4].

---

[1] / سورة النساء ، الأية (65) .

[2] / هو بن قيس بن عبيد بن معاوية بن عمرو بن مالك بن النجار ، سيد القراء ... شهد العقبة وبدرا وجمع القران في حياة النبي صلى الله عليه وسلم ، الذهبي ، سير أعلام النبلاء ، ج3 ، ص236 .

[3] /خو زيد بن ثابت بن الضحاك بن زيد بن لوزان بن عمرو بن عوف بن غنم بن مالك بن النجار بن ثعلبة ، الأمام الكبير شيخ المقريين والفرضيين ، ومفتي المدينة ..... ، الذهبي ، سير أعلام النيلاء ، ج4 ، ص64 .

[4] / د. إبراهيم محمد أحمد دريج ، مرجع سابق ، ص19 .

لذا لم يجوزوا تحكيم الفاسق والصبي والمحدود في القذف ، وجعلوا للمحكمين في سبيل الوصول إلي الحكم الصحيح استخدام وسائل القاضي كالبينة والشهادة واليمين والإقرار[1] .

إشترط فقهاء المذهب الحنفي[2] تعدد المحكمين في صدور الأحكام عن اتفاقهم جميعا وليس سلطة بعد إصدار حكمهم ويعزل المحكم بأي الأمور الآتية :

أ/ خروجه منأهلية الشهادة .

ب/ انتهاء مدة التحكيم دون إصدار الحكم وفي هذه الحالة يجب أن يعزله القاضي .

ج/ قيام أحد الخصوم بعزله .

حيث لا يجوز للمحكم الذي اختاره الأطراف أن يعين محكماً آخر بدلاً منه وفي هذه الحالة لايلزم للمحكم إلا إذا وافق الأطراف عليه وفي المذهب رأي يقول : غن المحكم مثل الوكيل ويجوز له توكيل غيره في الحكم .

أجاز فقهاء المالكية[3] تحكيم غير القاضي في الخصومات وجعلوا ذلك قيد اتفاق الخصوم وتراضيهم وجعلوا صلاحية المحكم مرهونة بكونه من أهل الشهادة كالأحناف وزادوا اشتراطهم كونه ليس طرفاً في الخصومة . وكذلك اشترطوا علم المحكم بموضوع الدعوى ، وهذا شرط لم يطلبه فقهاء الأحناف زمعناه أن تكون للمحكم خبرة ودراية بما يدور النزاع حوله ليمكنه ذلك من الوصول للحقيقة ، ولا يجوز تحكيم الكافر ولا الفايق ولا الصبي وأجازوا تحكيم المراة وحدد بعضهم لها ما يجوز أن تحكم فيه ، وبذلك يختلف المحكم عندهم عن القاضى لأنهم لا يجيزون للمراة تولى القضاء . حيث لا يملك اللجوء للتحكيم قاصراً

[1] م/ حاشية ببن عابدين ، رد المحتار علي الدار المختار ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بدون تاريخ ، ج4 ، ص347 ، 348 .
[2] / الشيخ أبي محمد بن محمزد بن أحمد العيني ، البناية في شرح الهداية ، دار الفكر ، 1981م ، ط1 ، ج7 ، ص66 .
[3] / السيخ الصاوي المالكي ، الشرح الصغير علي المسالك إلي مذهب الإمام مالك ، دار المعارف ، بدون سنة طبع ، ج4 ، ص199 .

ولا محجور عليه ولا وكيل لم يفوض بالخصومة . والأهلية المشترطة هنا لصحة اللجوء للتحكيم عي أهلية الأداء أي أهلية استعمال الحق [1].

أجاز المذهب الشافعي التحكيم كأحد وسائل حسم النزاعات كالمذهبين السابقين (مذهب الأحناف ومذهب المالكية) من شروط تعيين المحكم ، وقد قسمت الأحكام عند الشافعية إلي ثلاثة أقسام : قسم يجوز فيه التحكيم وهو حقوق الأموال وعقود المعاوضات وما يصح فيه العفو والإبراء .

وقسم لايجوز فيه التحكيم وهو ما اختص القضاة بالإجبار عليه من حقوق الله تعالى والولاية علي الأيتام وإيقاع الحجر علي مستحقيه ، وقسم مختلف فيه وهو أقسام : النكاح واللعان والقذف والقصاص ، ففي جواز التحكيم فيه وجهان[2] : أحدهما يجوز لوقوفهما (أي دعغوة التحكيم) علي رضا المتحاكمين ، والثاني لا يجوز لأنها حقوق وحدود يختص الولاة بها.وإذا كان بالبلد قاضي فلا يجوز التحكيم لعدم وجود الضرورة .

يتميز المذهب الحنبلي علي المذاهب الثلاثة الأخري (الحنفية والمالكية والشافعية) بمرونة القواعد التي نظم بها عملية التحكيم وقد اشترطوا في المحكم ما يشترط في القاضي أصلاً وقد أجاز المذهب التحكيم في كل المسائل نكاجاً وقذفاً ولعاناً وقصاصاً حتى الحدود بل أجاز التحكيم مع وجود قاضي .[3]

مما سبق تتضح مشروعية التحكيم في السنة النبوية المطهرة والإجماع كل ذلك لدور التحكيم في وضع حد للخصومات بعيداً عن القضاء لأن حكم القضاء ولو كان عادلاً قد يورث الجفوة والضغينة بعكس التحكيم والتوفيق والصلح والوكالة والخبرة ، حيث جرى بها

[1] / الشرح الصغير علي اقرب المسالك إلي مذهب الإمام مالك ، مرجع سابق ، ص201 .
[2] / الإمام النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، بدون ناشر ، بدون سنة طبع ، ط2 ، ج11 ، ص124 .
[3] / أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ، الشعير بابن قدامة ، مرجع سابق ، ص117 .

عمل صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم أجمعين وعليها إجماع الأمة الإسلامية ، أما خلاصة البحث في المذاهب الفقهية حول التحكيم قد اتضح لي جلياً أن الفقهاء في اغلب مذاهبهم الأربعة يوافقون علي التحكيم ، بل إن الحنفية جعلوا إيلزام عقد التحكيم يعلوا علي إرادة طرفيه ، وذلك بعد أن تبدأ إجراءات التخكيم ، وكذلك الحال لفقهاء الكالكية والحنابلة ولم يخالف من الفقهاء إلا بعض أنصار المذهب الشافعي أذ أن القرار التحكيمي وفقاً للمذهب الشافعي ليس له صفة الطابع القضائي بل هو يداني المصالحة ، وهو أقرب ما يكون إليها ،عليه أري ما جرى عليه العمل بالتحكيم وفقاً لمذهب الجمهور (الحنفية والمالكية و الحنابلة) .

المبحث الثالث

التحكيم في التظم القانونية

المطلب الأول :

التحكيم ما قبل الحرب العالمية الأولي :

تكونت ملامح النظام القانوني وساد في الممالك والسلطنات قبل الأتراك أو ما يعرف بتركية السابقة من أحكام الشريعة الإسلامية والعرف المحلي ، وطل الوضع كذلك إلي حين غزو محمد علي باشاً[1] والي مصر مصر للسودان 1821م نيابة ظاهرية عن الحكومة العثمانية وتنفيذاً مباشراً وفعلياً لطومحات التوسغية الخاصة . وقد أدخل محمد علي تنظيماً إدارياً وقضائياً للأقاليم السودانية التي خضعت لسلطتة ، فطبقت مجلة الاحكام العدلية في السودان التي كان سائدا تطبيقها في أقاليم الدولة العثمانية الأخري ، وطبقت قواعد التحكيم الواردة ضمن مجلة الأحكام إلي جانب الأساليب والقنوات العرفية لفض المنازعات التي تشجر بين الناس في المجتمع ، فقد عرف في السودان ومنذ القدم لجوء الأفارد إلي أساليب متعددو لتسوية المنازعات السلمية التي تنشب بينهم في المجالات الحقوقية المختلفة سواء الأسرية أو المالية ، كالنزاعات حول ملكية او حيازة الأراضي الزراعية أو المراعي ، بل إن أساليب حسم المنازعات الشائعة في الأعراف المحلية تنحو إلي تسوية المنازعات بالتراضي والصلح قبل اللجوء إلي التحكيم بأشكاله النظامية والرسمية ، مثل بذل المسامي الحميدة . ويظهر ذلك جلياً في نظام الأجاويد الشائع في المجتمعات القبلية العربية في الريف والبادية والحضر وأيضاً ونظم الوساطة والتحكيم البدائية في المجتمعات الرعوية والزراعية في جنوب

[1] محمند علي باشا (بالتركية العثمانية : قوللي محمد على باشا ، وبالتركية الحديثة kavalali mehmet ali pasa وبالالبانية mohmet ali pasha، الملقب بالعزيز أو عزيز مصر ، هو موسس مصر الحديثة وحاكمها مابين عامي 1805م الى 1848م ، وإستطاع أن يعتلى عرش مصر عام 1805م بعد أن بايعه أعيان البلاد ليكون والياً عليها ، بعد أن اثار الشعب على سلفه خورشيد باشا ، زمكنه ذكاؤه وإستغلاله للظروف المحيطة به من أن يستمر في حكم مصر لكل تلك الفترة ، ليكسر بذلك العادة التركية التي كانت لاتترك والياً على مصر لاكثر من عامين ، جميل تكلي محمد على وزارةالداخلبية – تركيا ، نشأة وتطور التحكيم في الفقه الإسلامي والقانونين التركي والسوداني دراسة مقانة ، مجلة العدل السودانية ، ع41، أبريل 2014م ، ص (93-123/152-124) .

البلاد وجبال النوبة ومرتفعات (الأنقسنا) ولدي القبائل البدوية شرقي البلاد إلي جانب مؤتمرات الصلح القبلية التي تتدخل في تنظيمها السلطات الحاكمة . [1]

(في وقت الاحتلال البريطاني الإنجليزي للسودان 1898م ، اقامت إدارة الاحتلال نظاماً سياسياً وقانونياً على النمط الغربي ، وشرعت قوانين ونظم قضاء ، اقتبستها من نظام إنجليزي المنشأة وتطبيقات في المستعمرات البريطانية في اسيا (الهند ، سيلان ، بورما) وافريقيا (نجيريا، كينيا ، مصر) ، وهي هذا الإطار صدر أول قانون لتنظيم القضاء 1900م تحت مسمى (قانون القضاء المدني the civil justice ordinance) الذي حل محله قانون القضاء المدني 1929م . وقد تضمن قواعد خاصة بالتحكيم وردت في القسم الثامن من القانون وعنوانه (إجراءات خاصة special proceeding) وتحت عنوان فرعي تصدر الباب الحادي والعشرين تحت اسم (التحكيم) Arbitration شملت تسع عشر مادة (المواد من 149– 167) ، وقد أنطوت تلك الأحكام على ثلاث صور للتحكيم على النحو الاتي :

الصورة الاولة : التحكيم بناء على طلب الخصوم أثناء نظر النزاع في دعوى اما القضاء

الصورة الثانية : اللتحكيم وفقاً لاتفاق مبرم بين الأطرالف ويتم بناْ على تدخل القضاء .

الصورة الثالثة : التحكيم وفقاً لالتفاق مبرم بين الأطراف ويتم دون تدخل القضاء . ونستطيع نقول : إن المشرع الإنجليزي قد أقام في السودان نظاماً للتحكيم الداخلي domestic arbitration مشابه لصورة التحكيم المعروف في إنجلترا والذي يطلق عليه statutory arbit . ويتميز هذا النظام بالقبضة القضائية الشديدة على نهظام التحكيم . زام يفسح المجال للتحكيم المعروف في انجلترا والذي يطلق عليه common law arbit والذي

[1] أ.د / محمد عثمان خلف الله ، الرقابة على قرارات التحكيم ، في القانون المقارن ، زالقثانون السوداني ، رسالة دكتوراه جامعة النيلين 2002م.

يميل إلى إعتبار التحكيم ذا منشأ تعاقدي يحكمه اتفاق الأطراف ويطبق على النزاع بشأنه السوابق القضائية .[1]

قانون القضاء المدني لسنة 1929م لم يتعرض للتحكيم الدولي أو بمعنى أخر لم يتناول حالة أحكام التحكيم الأجنبية ، وفضلاً عن ذلك فإن المشرع لقانون القضاء المدني 1929م لم يتناول سوى أحكام مقتضبة عن نظام التحكيم ، ولم تمس مسائل جوهرية وتفصيلية تتعلق بإتفاق التحكيم من حيث شروط انعقاده وصحته وصور أتفاق التحكيم والمحكومون وشروط اختيارهم وحدود صلاحيتهم وإجراءات التحكيم والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، وحكم التحكيم والشروط الشكلية والموضوعية المتعلقة به والطعن فيه وإبطاله إلى غير ذلك من أحكام تتعلق بالتحكيم) .[2]

لم يتطرق المشرع الإنجليزي بأي صورة للتحكيم الدولي في المسائل المدنية والتجارية ، حيث بدأ الأهتمام الدولي في ذلك الوقت بهذه المسألة ، فالقانون كان قد صدر 1929م في أعقاب برتوكول جنيف 1923م وإتفاقية جنيف 1927م بشأن الإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها ، وانعكس أثرهما على تشريعات معظم الدول في ذلك الوقت ومن بينها إنجلترا . وقد تعود أسباب ذلك في تقديرنا إلى ضعف حجم المعاملات الإقتصادية والتجارية في السودان تحت الاحتلال في ذلك الوقت ، يضاف إلى ذلك وبحكم كونه دولة مستعمرة فإن علاقتها مع الدول الاخرى في إطار العلاقات الخارجية لدولة الاحتلال ، وحيث إن الحجم الاكبر من العلاقات التجارية والمدنية يتم بين السودان ودولتي الاحتلال فإن تنتفيذ الأحكام التي تصدر في برطانيا أو مصر لم تعتبر أحكاماً أجنبية إذا كانت جهة تنفيذها في السودان . ولم يطرأ اي تغيير على القواعد المنظمة للتحكيم في السودان حيث لم يعدل

[1] جميل تكلي محمد علي ، وزارة الداخلية – تركيا ، مرجع سابق ، ص 124-125.

[2] أ.د / محمد عثمان خلف الله ، مرجع سابق ، ص 23.

قانون القضاء المدني 1929م أصلاً منذ صدوره إلى حين جلاء السلطة الإستعمارية ونيل السودان إستغلاله 1956م . [1]

في تقديري أن التحكيم في تلك الفقترة كانمت القضايا فيه متمثلة في النزاعات حول ملكية أو حيازة الاراضي الزراعية والمراعي وأساليب حسم المنازعات الشائعة في الأعراف المحلية كانت بسيطة وتتم تسوية المنازعات بالتراضي والصلح قبل اللجوء لنظام التحكيم الرسمي مثل نظام المساعي الحميدة ونظام الأجاويد والوساطة في الأرياف والبوادي والحضر ، حيث كان نظام الحكم في ظل الاحتلال البرطاني المصري سياسياً وإدارياً وقانونياً وقانون القضاء المدني الإنجليزي لم يتعرض على حد قولي للتحكيم الدولي ولم يتناول أحكام التحكيم الأجنبية بل تناول أحكام مقتضبة ومقتطفة من نظام التحكيمن تتعلق بإتنفاق التحكيم وملحقاته . [2]

[1] أ.د محمد عثمان خلف الله ، مرجع سابق ، ص 23.
[2] بتصرف الباحث .

المطلب الثاني :

التحكيم مابعد الحرب العالمية الأولى :

(بعد الحرب العالمية الأولى تغير الوضع العالمي ووعى المجتمع التجاري أن حسم المنازعات التجارية يكاد يتحول إلى عقبة وتعيق وتعرقل نمو حركة التجارة الدولية ، فانصرف إلى تذليل العقبات وتنظيم مرور التجارة الدولية وتسهيلها ، وهكذا أخذ تحكيم التجارة الدولية يشهد تطوراً بعد الحرب العالمية الاولى ، فبعدما كان التحكيم مقصراُ على العلاقات بين الدول وكان يستأثر به قانون النظام العام ، فإذا هو بعد الحرب العالمية الأولى يزدهر ليصبح بين أشخاص القانون الخاص وأشخاص القانون العام ، وتتقاسمه الدول من جهة والتجارة من جهة اخرى ، لاسيما بعد اكتشاف الثورات في دول العالم النامية . حيث بدأت الحكومات في هذه البلدان تعطي أمتيازات الاستثمار لهؤلاء المستثمرين ، مما أحدث تطوراً في مجال التحكيم التجاري ، وبما أنت أطراف التجارة الدولية ينتمون إلى جنسيات دول مختلفة فإنهم عندما يردون الدخول في تعاقدات مع اشخاص أو دول أخرى لايردون الخضوع في تعاقداتهم إلى قضاء أجنبي يبعث عدم الثقة وعدم الاطمئنان في النفوس . وبالتالي ظهرت الحاجة الملحة في فترة مابعد الحرب العالمية الاولى إلى وجود قضاء مستقل عن أي سلطة اجنبية يتمثل هذا القضاء في نظام التحكيم ، وأن ازدهار التحكيم مرتبط بإزدهار التجارة الدولية ، ويتراجع كلما ضعفت التجارة الدولية ، فالتحكيم وجد من أجل التجارة الدولية ولم توجد من أجله . [1])

(رافق التحولات التي ظهرت على المستوى المادي تحولات عميقة على مستوى السياسة الدولية وكانت التجارة بمفهمها الضيق منحصرة بالبلدان المتقدمة أو البلدان الصناعية ومنحصرة بالتالي بمواطنيها . زكان ذلك يهدف إلى تحقيق الربح في إطار من (

[1] د. عبدالحميد الاحدب المحامي ، التحكيم الدولي ، مؤسسة نوفل للطباعة والنشر ، بدون تاريخ ، ج3، ص2 .

العدالة السريعة) المتعلقة بمصالح متناقض2ة بالتأكيد ، ولكنها خاضعة للأنظمة القانونية ذاتها . ولكن .... انظمة سياسية واقتصادية مختلفة برزت في مرحلة مابعد الحرب [1]).

من جهة أولى فإن البلدان الاشتراكية التي تشكل فيها التجارة الخارجية أمتيازاً خاصاً بالدولة ، لم تكن لديها ثقة بـ(العدالة الليبراالية) . ومن جهة ثانية . فإن بلدان العالم النامي المرتبطة بالبلدان الصناعية بحركة استثمارات واسعة أصبح دورها يزداد كبراً وحجمها من خلال تأمينها اليد العاملة والمواد الاولية للبلدان الصناعية التي تممنها من تجاوز حالة التخلف . وقد أصبحت بلدان العالم النامي بذلك ، ولاسيما الغنية منها قوى إقتصادية هامة تؤخذ بعين الإعتبار .

وبعد أن أخذت هذه البلدان إستغلالها وحققت تحررها من الوصاية السياسية والاقتصادية وحتى القانونية للمحاكم المختلطة ، عمدت إلى الحفاظ على ذاتيتها وواجهت التحكيم ، بحذر شديد معتبرة إياه وجهاً من وجوه العدالة الغربية وعلى سبيل المثال ، كانت هذه حال بلدان أمريكا اللاتينية التي أعتمدت (نظرية كالفو) المترجمة لمبدأ سيادة الدولة ، وبموجبها لايحق للأجانب أن يحظو بحقوق اهل البلاد وعليهم الخضوع للقوانين والمحاكم الوطنية . [2]

(لذا قامت القوة الإقتصادية الكبرى بمحاولات ترمي إلى إيجاد اتفاقيات دولية تنظم شؤون التحكيم وترعى مصالح أطرافه ، وإستجابة لذلك كله اخذت عصبة الأمم جهودها لتطوير التحكيم بإقرار مبدأ التحكيم وضمان استقلال الهيئات المشرفة عليه ، وعدم تحيزها حيث ارتبط قيام عصبة الأمم بإنتهاء الحرب العالمية الاولى (1914–1918) ، حيث نادت الدول المتحالفة إلى إنشاء منظمة عالمية بهدف تجنب تكرار الكوارث التي تسببها الحروب وقدم عدد من المقترحات ووضعت في صيغتها النهائية بتاريخ 1919/4/28م ، ودخلت

[1] د. عبدالحميد الاحدب المحامي ، موسوعة التحكيم في البلاد العربية . مرجع سابق ، ج 1 ، ص 4 .
[2] د. عبدالحميد الاحدب المحامي ، مرجع سابق ، ج1، ص4.

حيز التنفي بتاريخ 1920/1/10م ، فوضعت برتوكول جنيف عام 1923م بشأن شروط التحكيم ثم قامت بوضع اتفاقية جنيف عام 1927م المتعلقة بتنفيذ قرارات التحكيم الاجنبية [1]) .

أولاً : برتوكول جنيف لسنة 1923م بشأن شروط التحكيم :

أنطلاقاً من معاهدة الامم المتحدة حول الغجراءات المدنية لسنة 1905م بشأن مسائل التحكيم ، كان هناكم عملين أعد لهما تحت إشرارف عصبة الامم ، وهما برتكول جنيف لسنة 1923م [2]. ومعاهدة جنيف لسنة 1927م ، ويعد برتوكول جنيف من أقدم المحاولات التي قام بها المجتمع الدولي من أجل تنظيم مسائل التحكيم اللتجاري الدولي ، حيث أبرم برتوكول جنيف الخاص بشروط التاحكيم بإشراف عصبة الأمم المتحدة بتاريخ 1923/7/24م ، وقد صادقت عليه (53) دولة ، ويتكون برتكول جنيف من ثماني مواد ، ألزم الدول المنضمة إليه بأن تنفيذ احكام التحكيم الصادرة على أراضيها بواسطة سلطتها طبقاً لقانونها الوطني ، كما جاء بأحكام تعزز نظام التحكيم التجاري كقضاء مستقل للتجارة الدولية ، حيث ألز محاكم اغلدول المنضمة اليه ، بأن تحيل الأطراف المتنازعة إلى التحكيم إذا مارفعت إليها الدعوى ابتداء ، إذا كان هناك اتفاق على حل النزاع عن طريق التحكيم إذا طلب أحد الاطراف ذلك وبالتالي فإن مانفهمه من نصوص برتكول جنيف ، أنه قد مثل محاولة اولية في مجال ضمان تنفيذ شروط اتفاقيات التحكيم على المستوى الدولى ، كما أنه وفر ضمانة لتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة وفقاً لهذه الشروط في الدولة التي صدرت فيها هذه الأحكام ، وهذا مانصت عليه المادة الثالثة من البتوكول حيث أن الدولة المصدقة على

[1] د. محمد عثمان خلف الله ، نتفيذ أحكام المحاكم واحكام التحكيم الاجنبية ، محاضرة لطلاب الدراسات العليا ، ماجستير جامعة النيلين – القسم الخاص ، بتاريخ 2005/4/13م

[2] د. أحمد انعغم الصلاحي ، النظام القانوني للتحكيمن التجاري الدولي (دراسة مقارنة) ، نشر مركز البحوث والدراسات اليمني ، المؤسسة الجامعية للدراسات والشر والتوزيع ، صنعاء 1994م ، ص 278

برتوكول جنيف ستكفل وتضمن تنفيذ الأحكام الصادرة عن قضاء التحكيم وستعترف به . أما من حيث المضمون فإن برتكول جنيف أقر المبادئ الأساسية التالية [1]

1-وجوب الاعتراف بالقوة القانونية لاتفاقالتحكيم سواء كان شرطأ تحكيميا سابقاً للنزاع او اتفاقاً تحكيمياً لاحقا له .

2-وجوب إحالة الأطراف على القضاء التحكيمي كلمل تمسك أحد الأطراف امام المحكمة بشرط أو اتفاق تحكيم ، وهذان المبدءان يقران الحكم للمحكم وأساسها التعاقدي .

3-مبدأ خضوع إجراءات التحكيم بما في ذلك تكوين المحكمة التحكيمية إلى اتفاق الاطراف وقانون بلد مكان التحكيم معاً .

4-التزام كل دولة متعاقدة بضمان تنفيذ حكم التحكيم الصادر على إقليمها بناء على إتفاقية تحكيمها ينظمها البرتكول ، أي حكم التحكيم الوطني لا الأجنبي .

ولكن البرتكول يحيل في خصوص تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية إلى اتفاقية خاصة ، وهو ما أوكل الى إتفاقية جنيف 1927م . إلا أنه وعلى الرغم من قلة نصوص هذا البرتكول (ثماني مواد) ، فإنه حاول توفير الحد الأدنى من التعاون الدولي لتنفيذ أحكام التحكيم من خلال بعض نصوصه التي عالجت مسألة التنفيذ . هذا البرتكول لايسري إلا على الدول الموقعة عليه والتي لاتمثل في حقيقة الأمر أي إجماع دولي ، كما أن العديد من الدول التي لها دور فاعل في مجال التجارة الدولية لم توقع على هذا البرتكول كالإتحاد السوفيتي (سابقاً) والولايات المتحدة الأمريكية .[2]

ثانياً : أتفاقية جنيف لسنة 1927م بشأن تنفيذ أحكام التحكيم :

[1] أ.د / الحسين السالمي ، التحكيم وقضاء الدولة ، مركز الدراسات القانونية والقضائية وزارة العدل وحقوق الانسان ، الجمهورية التنوسية ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع . بيروت ط 1، ص99.

[2] د. أحمد أنعم الصلاحي ، المرجع السابق ، ص 312.

(قد لاحظت عصبة من الامم بان ما أعدته مكن قواعد برتوكول جنيف يحتاج الي قواعد مكملة له مما دعاها الي ابرام أتفاقية جنيف لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وذلك في 26 /7/ 1927م ، حيث جاءت هذه التفاقية لتلاقي أوجه القصور التي اعترت برتوكول جنيف . وبالتالي فإنها متثل تطوراً كبيراً مقارنة بالبرتوكول ، حيث ينسب لهذه التفاقية فضل السبق في محاولة إيجاد الحلول المناسبة لمشكلة تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية .وقد انضمت الي هذه الإتفاقية (24) دولة وهي اقل بكثير من عدد الدول التي انضمت الي برتوكول جنيف 1923م) .

تتكون اتفاقية جنيف من إحدي عشر مادة ، وقدألزمت كل دولة من الدول المتعاقدة ، بأن تعترف بحجية أحكام التحكيم الصادرة بناء علي شرط أو مشارطة التحكيم وتقوم بتنفيذها طبقا للإجرءات المتبعة في الدولة التي يطلب فيها تنفيذ الحكم ، إذا كان هذا الحكم قد صدر في دولة طرف فيها .

وعلي الرغم مما مثلته إتفاقية جنيف من نقد ملحوظ في مجال تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، إلا أن ما يوخذ عليها من قبل الشراح ، انها تضمنت نصوصا لا تؤدي في الواقع التنفيذ السريع والبسيط لاحكام التحكيم الأجنبية ، من حيث اشتراطها أن يكون الحكم المراد تنفيذه صادراً من دولة متعاقدة ، ومن حيث القائها لعبء إثبات الشروط اللازمة لتنفيذ الحكم علي عاتق طالب التنفيذ . وذهب جانب آخر من الفقه[1] الي القول بأن أحكام الإتفاقية تؤدي الي التنفيذ المزدوج لاحكام التحكيم ،حكيث تتطلب أن يكون الحكم نافذاً في دولة إصداره ،بالإضافة الي دولة تنفيذه وبأن يكون نهائياً وغير قابل للطعن فيه باي طريقة بحيث يصبح الحكم قابلاً للتنفيذ في دولة صدوره ودولة تنفيذه .

أخذ كبار الحقوقين في العالم يبحثون عن تحقيق خطوة ثانية بعد برتوكول واتفاقية جنيف لسنة 1927م بموجب اتفاقية نيويورك بشان الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين

[1] د. عزت البحيري ،تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، دار النهضة العربية القاهرة ، 1997م ، ط1 ، ص164

الأجنبية لسنة 1958م علي درب التحكيم الدولى تعفي سلطان الإرادة في هذا التحكيم من قيود التحكيم الداخلي لكل بلد . حيث نصت المادة (2/7) من اتفاقية نيويورك علي انه :

(يقف سريان أحكام برتوكول جنيف لسنة 1923م بشان شروط التحكيم واتفاقية جنيف لسنة 1927م الخاصة بتنفيذ أحكام المحكمين الالأجنبية من الدول المتعاقدة ابتداء من اليوم الذي تصبح فيه تلك الدول مرتبطة بهذه الإتفاقية وبقدر ارتباطها[1])

(خلاصة القول أن التحكيم مابعد الحرب العالمية الأولي يختلف تماما عن التحكيم ما قبل الحرب العالمية الأولي ، إذا أن التحكيم في مرحلة ماقبل الحرب العالمية الأولي يعتمند علي الوساطة والصلح ونظام الأجاويد ، وعلي العكس من ذلك التحكيم ما بعد الحرب العالمية الأولي تطور تطوراً ملخوظاً بتاثره بالنظام الإنجليزي (الأنجلو سكسوني) علي سبيل المثال بلدان أمريكا اللاتنية حيث كان التحكيم في النزاعات التي تنشاء بين مؤسسات الدولة تبعا لتطور العلاقات الدولية التجارية في مجال النهوض بإستثمار ، أو أييد ما جري العمل عليه بالتحكيم الدولي ما بعد الحرب العالمية الأولي[2]) .

[1]/ أ . الحسين السالمي ، مرجع سابق ، ص 122

[2] / بتصرف الباحث .

المطلب الثالث :

التطور التاريخي للتحكيم في السودان :

(لقد عرف التحكيم في السودان منذ زمن طويل بحكم تقاليده العربية والأفريقية والغسلامية ، وكان أول تقنين وتنظيم للتحكيم صدر بموجب رلقم (17) لسنة 19154م في موضوع الأحوال الشخصية ، ومن ثم انتقل مفهوم التحكيم ومعه التوفيق إلى القوانين الحديثة التي أخذت تصدر وكان أخرها قانون التحكيم لسنة 2005م ، وكما صدرت العديد من اللوائح الخاصة بالتحكيم من بعض الجهات مثل لائحة العام لسنة 1981م للتحكيم بين أجهزة الدولة ، كما نشأت عدد من المراكز التخصصة في مجال التحكيم .

كان لكل مملكة من ممالك السودان نظمها الخاصة وأعرافها وتقاليدها في مجال الحكم والتجارة وغيرها ، وقد كانت هناك روابط وعلاقات تواصل بينها على كافة الاصعدةن سواء كانت تجارية أو سياسية أو إجتماعية ، حيث كانت تتبع أعراف وتقاليد عن طريقها يتم تسوية مايقع بينها من أحتكاكات ومنازعات ، وكانت ومازالت تقوم عدة منازعات بين القبائل مع بعضها البعض وبين الأفراد أيضاً بشأن العلاقات التجارية ، وبشأن الحدود والمراعي والمزارع ، وكان لقيادات القبائل (الإدارة الأهلية) دور كبير في المجتمع ، حيث يعتبر زعيم القبيلة هو الحاكم والقاضي داخل القبيلة ، بل في أحايين كثيرة يمتد نفوذهم خارج القبيلة ، بغرض تسوية النزاعات التي تنشأ بين القبائل بعضها البعض ، وقبل قيام الدولة الحديثة وسلتطتها فقفد كانت المجتمعات تحل منازعاتها عنت طريق (الأجاويد) ، وهو نوع من التوفيق والتحكيم بالمعنى الحديث ، هؤلاء الأجاويد يقومون بدور الفصل في النزاع الذي يعرض عليهم بواسطة شيخ القبيلة أو بواسطة المتنازعين (ويعرف هؤلاء بالحكمة والعقل والحنكة وحصافة الرأي وسعة الإدراك والسخاء) على أن نظام التحكيم الذي

كان سائداً منذ الزمان لايزال وحتى تاريخ اليوم في مجتمع القرية والبادية والريف والمدينة [1]) .

لقد ظل المجتمع السوداني منذ قديم الزمان وحتى تاغريخه يفضل حل المنازعات التي تنشأ في كافة مجالات الحياة عن طريق التسوية الودية ، هذه التسوية تأتي حيناً بطريقة عادية وأحياناً بطريقة منظمة يتولاها أفراد من مختلف شرئح المجتمع ، كما يتم حل معظم القضايا لاعن طريق التحكيم في القرية والبادية والمدينة وتصبح الأحكام محل تقدير واحترام . [2]

(لقد كانت هنالك علاقات سياسية وإقتصادية وتجارية بين الممالك والدول المجاورة ، كما كانت هنالك علاقات بين القبائل بعضها البعض داخل الدولة وخارجها وهذه العلاقات تؤدي إلى قيام منازعات بين هذه المجتمعات وأفرادها في بعض الأحيان وتحل وفقاً لنظمها وقواعدها المستمدة من أعرافها وعاداتها وتقالديها .

ونظراً لغياب السلطة القضائية المنظمة في بادئ الامر فقد كان يحتكم الناس إلى سلاطين تلك المماليك وزعماء تلك القبائل والذين يقومون بالفصل بين الخصوم بأنفسهم حيناُ أو تكليف أشخاص أخرين أحياناً ، لقد كانت القواعد الأساسية التي يعتمد عليها ذوي الشأنه في الفصل في البمنازعات هي العادات والتقاليد والأعراف السائدة التي مازالت لها أثر كبير في حل القضايا حتى في عصرنا الحاضر .

لقد كان من أهم الطرق التي يتخذها الحكام في حل تلك المشاكل الصلح والتسوية كما كان هناك دور ملموس للتحكيم حيث يقوم الحاكم بتعيين المحكمين أو يتم تعيينهم بواسطة طرفي النزاع على نحو ماعليه في العصر الحديث ، على أن هؤلاء المحكمين يتم اختيارهم في غالب الأحوال من بين الذين عرفوا بحصافة الرأي ورجاحة العقل وقوة

[1] د. أحمد محمد صالح الصادق ، المرجع السابق ، ص 42.
[2] د. ابراهيم أحمد دريج ، التحكيم في السودان ، شركة مطابع العملة السودانية ، الخرطوم 2012م ،ط1 ص 7.

الشخصية في تلك المجتمعات وتكون احكامهم محل تقدير واحترام لدى جميع أفراد المجتمع وتكون قابلة للتنفيذ دون تعقيدات في غالب الأحوال [1]).

التطور التشريعي :

اولاً القوانين :

في عهد الثورة المهدية أصدر الإمام المهدي عدة تشريعات نابعة من الشريعة الإسلامية كانت هي المصدر الرئيسي للأحكام التي يصدرها القضاة في عهده . لكن إن تلك التشريعات لم تلغي الأعراف العادات والتقاليد التي كانت سائدة في تلك المجتمعات . في سنة 1900م صدر أول تشريع للقضاء المدني في السودان بواسطة المستعمر .

1/ قواعد التحكيم لسنة 1915م :

يمكن القول [2] أن أول قواعد متعلقة بالتحكيم جاءت في المنشور رقم (17) لسنة 1915 في المادة (15) منه ، الذي أصدره متولي شؤون القضاء في ذلك الوقت ، وهي قواعد متعلقة بالأحوال الشخصية والتي بينت شروط الحكمين وعملهما ، وأحكام التحكيم فيها مشتقاه من المذهب المالكي ، وهي متعلقة بالتحكيم في الشقاق بين الزوجين ونتص المادة (15) على مايلي (إذا تشاق الزوجان وتعددت شكوى الزوجة من ضرر الزوج إياها بدون عذر شرعي ، ولم تستطيع إثبات ذلك ، بعث القاضي حكمين واحد من أهله ، وواحد من أهلها إن امكن ، والافضل أن يكونا جارين فإن لم يكن ذلك بعث أجنبيين ، ويشترط أن يكون الحكمان عدلين عالمين بأحكام النشوز ، فإن لم يكن عالمين علمهما القاضي ذلك .

[1] د. ابراهيم محمد أحمد دريج ، مرجع سابق ، ص 7.
[2] د. احمد المصفى محمد صالح الصادق ، مرجع سابق ، ص 43.

(يبدأ الحكمان بالصلح بين الزوجين بكل وجه أمكنهما لدوام الإلفة وحسن العشرة فإن استطاعا ذلك ووفق الله بينهما بينا لهما الطريق ورفعا الامر إلى القاضي ليقر ماتفقا عليه ، ويأمر الزوجين بحسن العشرة .

وإن تعذر الإصلاح فإن تحقق الحكمان أن الإساءة من الزوج طلقا عليه طلقه بائته بلا مال ، وإن تحققا أن الإساءة من الزوجة وأحب الزوج الفراق أو علما انه لايستقيم لهما حال طلقا عليه بمال الزوجة يقررانه بنظرهما ، وإن كانت الإساءة منهما أو جهل الحال ، طلقا عليه بلا مال طلقة بائنة ، وأتيا الحاكم واخبراه بما فعلا ووجب عليه تنفيذ حكمهما)[1].

ماتجدر الإشارة إليه أن قواعد المنشور رقم (17) المتعلق بالأحوال الشخصية اسبق في تنظيم التحكيم من قواعد القانون المصري في نفس المجال ، حيث أن الأخير نظمهما لأول مرة في القانون رقم (25) لسنة 1929م في المواد من (6–11) منه .

2/ قواعد التحكيم في القضاء المدني :-

هذا القانون نظم التحكيم في الفصل الحادي والعشرين من القسم الثامن ، المواد (149–167) منه ، حيث اجاز في المادة (149) للخصوم وقبل النطق بالحكم في أية دعوى ، إحالة النزاع للتحكيم ، وذلك بطلب كتابي للمحكمة المطروح أماها النزاع ، على أن يحدد الاتفاق المسائل المحالة إلى التحكيم كتابة ، كما نظمت بقية المواد الكيفيةالتي تسير عليها إجراءات التحكيم وصولاً للفصل فيها بصدور القرار التحكيمي .[2]

[1] د. أحمد المطفي محمد صالح الصادق ، مرجع سابق ، ص 43.
[2] قانون القضاء المدني لسنة 1929، المادة 149/(201) حتى المادة 167.

3/ قواعد التحكيم في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1974م :

هذا القانون أستقى قواعده المتعلقة بالتحكيم من قانون القضاء المدني الملغي لسنة 1929م [1] والذي ظل نافذاً حتى العام 1971م ، ولقد أفراد الفصل الرابع من القسم السادس ، المواد (139–156) منه ، لتنظيم التحكيم ، فقد نص في المادة (139) بالقول (: إذا اتفق الخصوم في أية دعوى على إحالة النزاع للتحكيم جاز لهم إلى ماقبل النطق بالحكم أن يطلبوا كتابة من المحكمة المطروح اماها النزاع إصدار أمر بإحالة النزاع للتحكيم [2])، ويقضي هذا القانون بضرورة تقديم طلب الإحالة قبل النطق بالحكم ، وتناول في بقية المواد كل المسائل المتعلقة بإجراءات سير الدعوى التحكيمية حتى صدور قرار بالفصل فيها .

4/ قواعد التحكيم في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م :

جاء هذا القانون على نسق سابقة ، حيث نظم التحكيم في الفصل الرابع من الباب السادس منه المواد (139–156) ، حيث يفرق هذا القانون بين ثلاثة من أنواع التحكيم :

أ/ التحكيم القضائي بطلب من الطرفين :

هذا التحكيم يتم بإتفاق الطرفين بعد وقوع النزاع ، حيث يتقدم الطرفان بطلب كتابي إلى المحكمة التي تصدر قراراً بإحالة النزاع الى التحكيم .

ب/ التحكيم المودع اتفاقه لدى المحكمة :

وهذا يتم إذا أبرام أشخاص فيما بينهم اتفاقاً كتابياً على أن يعرض أي خلاف يقع بينهم على محكمين ، فيجوز لأطراف هذا الاتفاق أو لأي واحد منهم ، أن يطلب من المحكمة المختصة بنظر المسألة المتعلقة بهذا الاتفاق قبول إيداع الاتفاق المذكور في المحكمة ، وإذا لم يوجد سبب كاف يمنع من إيداعى الاتفاق ، تأمر المحكمة بإيداعه .

---

[1] قانون الإجرارات المدنية السوداني لسنة 1974م.

[2] قانون الاجرااءت الالمدنية السوداني رقم (66) لسنة 1974م ، الملغي ، المادة (139).

ج/ التحكيم المودع قراره لدى المحكمة :

هو تحكيم لايعرض على المحكمة والتشرف عليه وتطبق على هذا التحكيم قواعد التحكيم التي يضعها قانون التحكيم السوداني كلما أمكن ذلك . كما ذكر المشرع السوداني .[1] هذا القانون يجيز لأي خصم في الدعوى تقديم طلب إيقاف الدعوى وإحالتها للتحكيم وذلك في أقرب فرصة ممكنة وقبل البدء في سماع الدعوى .[2]

وذلك يخالف قانون الإجراءات المدنية لسنة 1974م ، والذي كان ينص بضرورة تقديم طلب الإحالة قبل النطق بالحكم [3].وهذه خاصية تميز بها هذا القانون على سابقه ، إذ أن المشرع يلفزم المدعي عليه بتقديم طلب الإحالة في مرحلة أولية من الدعوى فإن لم يلزم بذلك ف'ن طلبه يرفض على إعتبار أنه في حكم المتنازل عن اتفاق التحكيم او اعتبار هذا الاتفاق كأن لم يكن وفي ذلك سداً الذريعة التطويل والمماطلة في إجراءات التقاضي .

5/ قانون اللتحكيم السوداني لسنة 2005م :

(لقصور في تلك المواد الواردة في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م ، والمتعلقة بالتحكيم ، ولعدم مواكبتها لمتطلبات التجارة والاستثمار وقواعد التحكيم الدولية ، تم إصدار القانون رقم (15) لسنة 2005م والخاص بالتحكيم ، ملغياً المواد (139–156) من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م ، حيث جاء القانون في خمسة فصول على (47) مادة ، الإ أن القانون شابه الكثير من القصور وتخللته بعض العيوب ، وضح ذلك جلياً عند التطبيق العملي ، وذلك من حيث إحكام الصياغة ، أو قصور لازم مواده ، أو إغفاله لتنظيم بعض المواضيع كان يتعين عليه ان يشملها وينظمها) .[4]

[1] قانون الإجراءات المدنية اللسوداني لسنة 1983م ، المادة (156) الملغاة .
[2] قانون الاجراءات المدنية السوداني لسنة 1983م ، المادة (1/154) الملغاة .
[3] قانون الاجراءات المدنية السوداني لسنة 1974م ، الملغي ، المادة (139) .
[4] د. أحمد المصطفي محمد صالح الصادق ، مرجع سابق ، ص 46.

(تقديراً لدور التحكيم في فض المنازعات التجارية في السوادن أصدرت الغرفة التجارية السودانية لائحة التوفيق والتحكيم في النزاعات الهندسية في عذذ 47مادة ، وفي سنة 1981م أصدر النائب العام لائحة التحكيم بين أجهزة الدولة في عدد 9 مواد ، كما تناول قانون العمل لسنة 1997م نصوص خاصة بالتسوية الودية والتحكيم بشأنه النزاعات العمالية في المواد من 112–124 ، كما تناول قانون تنظيم الهيئات الشبابية والرياضية لسنة 2003م نصوص خاصة بالتحكيم ، وايضاً نص على التحكيم قانون تشجيع الاستثمار لسنة 1999–2000–2001م حيث صدر قانون تشجيع الاستثمار القومي لسنة 2013م ليصبح اكثر مواكبة وتطوراً [1]).

يمكن القول أن التحكيم عرف في السودان منذ قيام الثورة المهدية على يد الإمام المهدي ، وتمت ممارسة التحكيم على نهج الأعراف والتقاليد التي كانت سائدة في المجتمعات ، ويعتبر السودان أقدم الدول العربية في وضع قواعد قانونية تقوم بتنظيم العملية التحكيمية كاملة .[2]

[1] د. ابراهيم محمد احمد دريج ، مرجع سابق ، صؤ 8-9.
[2] بتصرف الباحث .

المطلب الرابع :

التحكيم في ظل التطور التكنولوجي :

لقد شهد التحكيم تطوراً كبيراً على المستوى المحلي والدولي من ناحية القوانين والقواعد والتطبيق خاصة في ظل التجارة الدولية . لاشك أن لتطور التجارة والمعاملات عموماً على المستوى المحلي والدولي الدور البارز في تطور التحكيم في العصر الحديث ، وغنى عن القول أن تطور القوانين ناتج أصلاً من تطور حاجات المجتمع مع تطور الوسائل المتعددة خاصة الاتصالات والمواصلات ، فقد شهد القرنان السابع عشر والثامن عشر على سبيل المثال تطوراً ملحوظاً للقانون البحري وذلك عقب التطور الذي حصل في نطاق التجارة البحرية ، كما شهد القرن التاسع عشر ظهور المسئولية الموضوعية دونما خطأ مقترف وذلك عقب التورة الصناعية وبروز التحول نحو الالة ، كما برز في نهاية القرن العشرين قانون للنقل الجوي وهكذا ، هذا التطور في المجالات العديدة يصاحبه التطور في موضوع التحكيم كوسيلبة فعالة لفض المناغزعات التجارية خاصة بعد توسع مفهوم التجارة الدولية بعد أن كانت مقتصرة في مجال توريد السلع وتبادل البضائع أعطى قانون اليونسترال النموذجي للتجارة تفسيراً مفصلاً كالاتي : (ينبغي تفسير مصطلح التجارة تفسيراً واسعاً بحيث يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطبيعة التجارية ، تعاقدية أو غير تعاقدية وتشمل كذلك دون حصر المعاملات التالية : (أي معاملة تجارية لتوريد السلسع أو الخدمات أو تبادلها ، إتفاقات التوزيع ، التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية ، إدارة الحقوق لدى الغير ، التأجير الشرائي ، تشييد المصانع ، الخدمات الاستشارية ،الأعمال الهندسية ، إصدار التراخيص ، الاستثمار والتمويل ، الاعمال المصرفية ، التأمين ، اتفاق أو امتياز الاستغلال ، المشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري ، نقل البضائع أو الركاب جواً أو بحراً أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية [1]).

[1] د. عبدالحميد الأحدب المحامي ، المرجع السابق ، ج 3، ص 25.

ونسبة لتطور انظمة العالم القانونيةن والاجتماعية والاقتصادية كان لابد من إيجاد حد أدنى لقواعدج تحكيمية تمثل فهم مشترك على النطاق المحلي والدولي ، فعلى المستوى الوطني صدرت عدة قوانين وقواعد تنظم عملية التحكيم إلا أن معظمخا في بادئ الامر كانت عبارة عن نصوص معدودة ضمن قوانين الإجراءات والمرافعات المدنية على سبيل المثال قواعد التحكيم الملغية في قانون الاجراءات المدنية السوداني .[1]

بعد إنشاء الدولة الحديثة وتنظيمها لكأفة مناحي الحياة منها الإلإجتماعية والإقتصادية والقانونية فقد قامت بإلغاء ما يغرف بنظام القضاء الخاص (التحكيم) الذي كان يسود المجتمعات وآلت علي نفسها تحمل إقامة العدل بين أفراد المجتمع عن طريق نظام يطلق عليه (السلطة القضائية) التي أصبحت إحدي السلطات الرئيسية في الدولة الحديثة ، وعلي الرغم من إنشاء هذا الجهاز القضائي إلا أن الدولة لم تحجر علي أطراف التعامل من الخروج عن وأختيار طريق آخر للفصل في النزاع الناشي بينهم أو الذي قد نشا مستقبلاً يتضح ذلك جليا في قيام الدولة بتقنين التحكيم وتنظيمه بصورة دقيقة بجانب القضاء .

في أواخر القرن الماضي رات بعض الحكوملت توسيع دائرة التحكيم وجعله إلزاميا في بعض المنازعات الدولية بعد أن بحث ذلك في مؤتمري لاهاي 1899م ، 1907م إلا أن المؤتمرين قسلاً في تحديد المنازعات التي يجب أن تخضع للتحكيم الدائمة ، وأخذت عصبة الأمم المتحدة بذل الجهود منذ أواخلا القثرن الماضي لتطوير التحكيم فوضعت برتوكول جنيف الذي أفرته الجمعية العامة للعصبة في 2أكتوبر 1924 لكنه لم يصبح نافذ المفعول لعدم مصادقة العدد اللازم من الدول عليه ، ثم وضعت ميثاق التحكيم العام الذي وافقت عليه الجمعية العامة بالإجماع في 26سبتمبر 1928 ، ليكون نموذداً تسير عليه الدول لتسوية السلمية للمنازعات الدولية ، وفي عام 1958 أسفر مؤتمر دبلوماسي للتحكيم

[1] د. ابراهيم محمد احمد الريح ، نشأة وتطور التحكيم في المنازعاتن المدنية والتجارية ، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة ، الخرطوم ، 2013م ، ط2 ، ص 25-26.

الأجنبية وهذا أحل محل البرتوكولين السابقين . وفي إطار المجلس الأوربي أمكن التوصل إلي إبرام اتفاقية أوربية بشان تشريع موحد في مسائل التحكيم في 20يناير 1966م ، وفي إطار الجامعة العربية أبرمت اتفاقية تنفيذ الأحكام ولأقرها مجلس الجامعة في 14سبتمبر 1952.[1]

لأهمية التحكيم التجاري في تسوية المنازعات التجارية الدولية فقد تم عقد عدة اتفاقيات ومعاهدات دولية وإقلمية ساعدت في إيجاد وتطوير قواعد خاصة بالتحكيم الدولى حيث بذلت لجنة قانةن التجارة الدولية التابعة للامم المتحدة اليونسترال (unciral) جهوداً كبيرة لتوحيد القواعد التي تنظم التجارة الدولية وذلك بوضع قواعد موحدة للتحكيم الغير منظم اعتمدتها الجمعية العامة للأمم النمتحدة بتاريخ 15 ديسمبر 1976م . وجدير بالذكر أن هذه القواعد تم تعديلها بصزرة كبيرة عام 2010م مرفق ضمن الملاحق ، ووضعت ذات اللجنة القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولى (model law) عام 1985.[2]

وفي عام 1967م تم أنشاء ألية بحث علي شبكة الأنترنت الخاصة باليونسترال لتمكين مستخدمي مجموعة السوابق القضائية المستندة الي قواعد اليونسترال بهدف تشجيع التطبيق الموحد لنصوص القوانين بإلضافة الي زيادة الهتمام بتدريب قضاة التحكيم والمحامين ومسؤلي الدول علي مسئل التحكيم التجاري الدولي ، هذا بإلضافة الي اعتماد التحكيم في جهاز تسوية المنازعات (disputes settlement body) التابع لمنظمة التجارة العالمية ً(w t o) واعتماده أيضاً في مشروع قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجاره الإلكترونية (electronic commerce) الصادر في عام 1966م ، كذلك اعتماد التحكيم كوسيلة للحل المنازعات في جهاز المنظمة العالمية للملكية الفكرية (w i p

[1] / د. أبراهيم أحمد دريج ، المرجع السابق ، 2010م ، ط3، ص22 – 23.
[2] / د. قحطان عبد الرحمن الدوري ،مرجع سابق ، ص70.

o)وكذلك في عقود الإنشأءت الهندسية المعروفا اختصارا بال (f I d I c)[1] وهناك عدة قواعد واتفاقيات إقلمية ودولية خاصة بالتحكيم التجاري الدولى لا يسع المجال لذكرها هنا.

مؤخراً ذات الإقبال علي التحكيم خاصة في المجال التجاري نظراً لظهور علاقات ومعاملات جديدة في مجال التجارة الدولية تخرج غن نطاق عقود التجارة الخارجية المعتادة وتتمثل هذه العلاقات في التعاون التكنولوجي ، بناء وتشييد المشاريع والمؤسسات الإنتاجية الكبيرى ، إقامة الصناعات التكملية ومصانع تسليم المفتاح ، نقل التمنولوجيا ، عقود التمويل ، عقود البوت (b o o t)[2] وهذه المعاملات جميعها تتميز بأنها ذات طابع دقيق وفني يحتاج الي متخصصين في مرحلة التعاقد وفي ملاحلة التنفيذ وكذلك في حالة نشوب النزاع ، الامر الذي أدي إلي اهمية التحكيم والأتفاق الدولى حوله علي أنه القضاء الأنسب لحل منازعات التجارة الدولية للمزايا التي يتمتع بها قضاء التحكيم علي القضاء العادي . هذا الإهتمام الدولى المشهود بالتحكيم أدي الي قيام عدة هيئات ومراكز مهنية متخصصة في مجال التحكيم ، كما أدي ذلك الي لجوء الدول لتقنينه في تشريعاتها الداخلية والإهتمام به والعمل علي تطويره ومن أهم الهيئات التحكمية :

1/ محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية (I c c) بباريس :

(the inter national court of arbitration)

غرفة التجارة الدولية بباريس (the inter national chamber of commerce)

تأسست عام 1920م بجهود فرديهمن رجال أعمال فرنسيين وعرفت في كل أنحاء العالم ويعتمد عليها في كل الشئون التجارية الدولية [3].

[1] / تعني أختصارا بالغة الفرنسية federation inter niationaldes ingeieurs conseils
[2] / تعني عقود البناء والتشغيل builddown operate transfer
[3] / د. أبراهيم محمد أحمد دريج ، مرجع سايق ، 2013 ، ط4 ، ص25 – 26 .

نتيجة لزيادة حجم معاملات التجارة الإلكترونية ، ظهر التحكيم الإلكتروني أو التحكيم على خط arbitration on – line أو التحكيم الشبكي cyber arbitration ، وهو لايتخلف عن التحكيم التقليدي الإ من حيث الطريقة التي يتم بها تمام إجراءات التحكيم ، حيث نجد أن التحكيم الإلكتروني يتم بطريقة إلكترونية بإستخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة في مجال تبادل المعلومات والإتصالات .[1]

قد أتاح إنشاء المواقع الالكترونية على الشبكة الدولية للمعلومات (الإنترنت) سهولة ويسر الاتصالات بين مختلف أجزاء العالم ، الأمر الذي لفت انتباه الشركات والمؤسسات التجارية إلى أهمية استخدام الشبكة في توسيع حجم السوق ، وتسويق السلع والخدمات عن طريق الانترنت ، وقد صاحب الانتشار المتزايد في حجم التجارة الالكترونية زيادة في معدل الخلافات الناجمة منها مما استتبع البحث السرعة وكونها تتم عبر شبكة اتصالات دون الحاجة إلى وجود أطراف التحكيم العادي سريعاً بدرجة كافية . ولذلك ظهر التحكيم الالكتروني أو التحكيم الشبكي باعتباره أحد إرهاصات ثورة تكنولوجيا المعلومات .[2]

تعريف التحكيم الإلكتروني :[3]

يمكن تعريف التحكيم الالكتروني بأنه : (وسيلة أختيارية لحسم المنازعات الناشئة عن التجارة الالكترونية عن طريق اختيار محكم أو محكمين يقومون بالفصل في تلك المنازعات من خلال أو بواسطة الانترنت بقراررملزم للخصوم).

ويعتبر التحكيم الإلكتروني أفضل وسائل حسم المنازعات عبر الانترنت (on line dispute resolution) والتي ترمز لها إختصاراً بـ (o.d.r) ويرجع ذلك لانه تتم مباشرته منذ بديته وحتى نهايته إلكترونياً عبر شبكة الإنترنت الدولية .

---

[1] د. خالد ممدوح ابراهيم ، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ط1 ،2008، ص243.

[222] نبيلة عبدالكريم كبور المستشار القانوني بوزارة العدل ، التحكيم الالكتروني ، مجلة العدل السودانية ، ع 42، أغسطس 2014، ص (313-313,315,316/336)

[3] د. أحمد المصطفى محمد صالح ، مرجع سابق ، ص 35.

خطوات سير التحكيم الإكتروني :

1-التوجيه لموقع مركز التحكيم المعين على شبكة الانترنت ، والنقر بعدها على مفتاح إحالة النزاع (create a case) فيظهر على الشاشة أنموذج طلب التحكيم المعد سلفاً من قبل مركز التحكيم .

2-يتعين على المحتكم أن يكتب في طلب التحكيم مايلي :

أ/ إيجاز عن طبيعة وظروف النزاع ، وأي حلول يراها مناسبة له .

ب/ذكر أسماء ممثلية في نظر النزاع ، وتحديد وسيلة الاتصال بهم (هاتف – فاكس – بريد إلكتروني).

ج/تحديد عدد المحكمين ، وعند إغفال ذلك سيعد قد اختار محكماً وحيداً (solo arbitrator) لنظر النزاع .

د/ اختيار الإجراءات المتبعة خلال نظر النزاع . وإلا يعبر راضياً بالقواعد التي أعتمدها المحكم ، مع الإشارة إلى أن المركز وخلال أسبوع من استلامه طلب سينبهه المحتكم إلى ضرورة اختيار الإجراءات ، مع منحه مهلة يومين لتحديد هذه الإجراءات .

هـ/إرفاق نسخة من اتفاق التحكيم للمركز .

و/ إعداد قائمة بالادلة والبيانات المستند إليها في دعواه وإرفاقها مع طلب التحكيم إذا رغب في ذلك .

ز/ إرسال طلب التحكيم للمركز وللمحتكم ضده ، من الافضل وفي حالة التحكيم المؤسسي أن يترك هذه المهمة للمركز .

ح/أداء الرسوم الإدارية المحددة وفقاً لجدول الرسوم .

الهدف الحقيقي للنظام القضائي هو تطبيق القانون بوصفه سلطة عامة في الدولة تتوافر بها سلطة الإجبار والإلزام ، أما التحكيم فإن هدفه الحقيقي اقتصادي حيث يهدف إلى

حل المنازعات التجارية الناشئة بين الأطراف ، ومن هذا يتضح بأن طبيعة التحكيم الإلكتروني هي طبيعة خاصة مستقلة لأن له قوانينه الخاصة التي تطبق عليه سواء القوانين الوطنية أو الدولية . أو الاتفاقات والمعاهدات الدولية وكذلك القوانين واللوائح لدي مراكز وهيئات التحكيم الالكترونية الدائمة .[1]

خلاصة القول تطور التحكيم تكنولوجياً تطوراً كبيراً على المستوى المحلى والقومي والدولي من حيث القوانين والقواعد والتطبيق في مجال التجارة الالكترونية في هذا العصر الحديث ، وزاد الإقبال على التحكيم منذ القرن السابع عشر الميلادي وحتى هذا القرن الواحد والعشرين الميلادي بكافة أنواعه المختلفة ، زمن خلال معرفة التحكيم الالكتروني أجد أنه وسيلة اخيارية بديلة لحسم المنازعات عبر وسائل الاتصالات الحديثة يتم بموجبها عرض النزاع على طرف ثالث محايد يتولى الفصل فيها بحكم ملزم للأطراف وواجب التنفيذ ، ونظام التحكيم بصفة عامة هو وسيلة فعالة للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات بدلاً من القضاء العام في الدولة الحديثة صاحبة الولاية العامة وفي تقديري أن التحكيم الإلكتروني هو انسب وأسرع وسلية لفض المنازعات وبأقل جهد وأقل تكلفة رسوم وأتعاب التحكيم في ظل التطور التكنلوجي .[2]

[1] د. أحمد المصطفىلا محمد صالح الصادق ، مرجع اسبق ، ص 35.
[2] بتصرف الباحث .

المبحث الاول

شرط الكتابة

المطلب الاول :

الكتابة في الفقه الإسلامي :

الشرط هو لا يلزم من وجوده وجود الحكم وأن لزم من عدمه الحكم ، والشرط الشرعي هو الشرط الذي إشرطه الشارع ، زكان مصدر إشتراطه الشارع كإشتراط حضور شاهدين في عقد الزوج ، وإشتراط الطهارة لاداء الصلاة وإشتراط مرور الحول على النصاب لوجوب الزكاة [1].

والشرط الشكلي هو الشرط الذي يدل على شكل وقد يكون مكملاً للسبب أي يقوي به السبب ويجعل مسببه يترتب عليه ومثال ذلك : إشتراط في السرقة وقد يكون الشرط مكملاً للمسبب وهو الذي يقوي حقيقة السبب ، أي يقوي ركنه كالطهارة فإنها شرط مكمل للصالة التي تجب بسبب دخول وقتها [2] .

عرف أحد الفقهاء الشرط بما كان وصفاً لمشرطه فيما اقتضاه ذلك المشروط، أو فيما اقتضاه الحكم فيه ، كما نقول أو إمكان النماء مكمل لمقتضى الملك أو الحكمة الغنى والإحصان مكمل لوصف الزنا في إقتضائه الرجم ثم قال ى: وسواء أم لمحالها ، أم لغير ذلك مما يتعلق به مقتضى الخطاب الشرعي ، فإنما هو وصف من أوصاف ذلك أن يكون مغايراً له بحيث يعقل المشرط مع الغفلة عن الشرط ، وأن لم ينعكس كسائر الأوصاف مع موصوفاتها حقيقة أو إعتباراً [3].

---

[1] ا.د/ عوض أحمد ادريس ، الوجيز في اصول الفقه ، مطبعة جامعة النيلين – الخرطوم 1436هـ 2015م ، ط8 ، ص 250-251.

[2] أ.د / عوض احمد ادريس ، المرجع السابق ، ص 251.

[3] المرحوم الشيخ محمد الخضري بله المفتش بوزارة المعارف ومدرس التاريخ الإسلامي بالجامعة المصرية ، أصول الفقه ، دار إحياء التراث العربي بيروت – لبنان 1405هـ -1985م ، ط7 ، ص61.

الكتابة هي وسيلة من وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي الهامة ، وهي الخط الذي يعتمد عليه في توثيق الحقوق والرجوع إليه عند الإثبات ، أو هي الخط الذي يوثق الحقوق بالطريقة العادية ليرجع اليها عند الحاجة ، فالكتابة تخرج عنه كونها إقراراً أو بيئة ، أو مكتوباً في وثيقة ليحتج بها عند الإنكار [1].

فتكون الكتابة للتثبيت أو التوثيق في الاحكام والتقوى بها والقصد من الكتابة حفظ الحقوق من الضياع . وتساعد في الحفظ والتذكير وتثبت الحق عند التنازع أو التخاصم ، الكتابة ليست من وسائل التوثيق الحديث بل هي قديمة قدم التاريخ ، لدى الأمم السابقة واستخدمها الأنبياء عليهم السلام في تبليغ الدعوى ونشر الرسالة [2].

ورد في ذلك قوله تعالى :([3])

وقد كنب نبي الله سليمان إلى بلقيس ملكة سبأ وفي ذلك ورد قوله تعالى : ([4] كما نزلت أطول أية في القران الكريم اية الدين توضح ضرورة الكتابة في المعاملات الإسلامية في قوله تعالى : (

[1] د. نصر الدين فريد واصل ، نظرية الدعوى والاثبات في الفقه الاسلامي ، دار الشروق ،1422هـ-2002م ، ص 113

[2] د. حسين محمد حماد ادريس ، المستندات في قانون الاثبات فقهاً وقضاءاً ، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة للخرطوم 1422هـ-2002م ط 1، ص83.

[3] سورة العلق ، الايات من 1-5

[4] سورة النمل ، الايات 29-30.

✂❼■🖫🖄☽ ✌✖⇘⇦🖂⑨🖄✍ ☹↗🡻☪♦③✂🖂⑨♦✍ ✂♦❶🖄☽
🕮❒🖂♉👁🖒✌❿○❁☺♦❻ ▫♦▱✍✍🖹⇩☞🡄⌨🡄■❑🡄[1]

فنزلت الاية الكريمة على مشروعية الكتابة على الرغم من إختلاف المفسرين أنها للندب أو الوجوب ، فإن كانت للندب ، أو الوجوب فالاية الكريمة تقرر إعتبار الكتابة وثيقة ومستنداً في المعاملات وإن فائدة الوثيقة هي الاعتماد عليها في الحكم عند الغنكار والاقرار وتفسير أية الدين (إذا تداينتم بدين) : داين بعضكم بعض في شراء أو بيع أو سلم أو قرض . (إلى أجل مسمى) : وقت محدد . (بالعدل) : يكتب بالتسوية والحق (وليأب) : لايمتنع . (وليملل الذي عليه الحق) : الإملال لغة أهل الحجاز وجاءت عليها هذه الاية . أما الإملاء : فلغة بني تميم وجاء عليها قوله تعالى : (فهي تملى عليه بكرة واصيلا)[2] واليبخس : لاينقص .(سفيهاً ناقص العقل . (ضعيفاً) أحمق .(ولاتسئموا) لاتملوا . (أقسط) : أعدل يقال : أقسط الحاكم إذا اعدل ؟ (واقوم للشهادة) : أثبت لها وأكثر تقديراً . (وأدنى) : أقرب . (تديرنها بينكم) : أي تتبايعونا بينكم (فسوق بكم) : خروج عن طاعة ربكم من الايمان إلى الكفر [3].

وقد أستعمل الرسول صلى الله عليه وسلم الكتابة في جميع المعاملات والمجاملات فكانت وسيلة لتبليغ الرسالة وكتابة المعاهدات والصلح والأمان كما استعملها الرسول صلى الله عليه وسلم في البيع والوصية والقضاء وغيرها . وأمر النبي صلى الله عليه وسلم اصحابه بتعلم الكتابة لكي تكون حجة ودليل في التعامل والقضاء .

[1] سورة البقرة ، الاية (282).
[2] سورة الفرقان ، الاية (5).
[3] د. منير أحمد قاضي . مرجع سابق .ص 48.

ومن الاراء التي وردت في حكم الكتابة في الفقه الاسلامي الرأي الذي أخذ به الظاهرية فقد أخذ الظاهرية بظاهر النص بوجوب الكتابة والإشهاد على الحقوق ولكن الجمهور على خلاف ذلك . الالتزام في إثبات الحقوق والمطالبة بها إذا اقتضى الحال [1].

وإن استأجر أهل القرية حرساً لزرعهم فيكتب في ذلك ماجرت به العادة عقداً التزم فلان حراسة قرية كذا في عام كذا ، والباقي كذا وعليه النصيحة ورضي بذلك في تاريخ كذا وهذه إحدى صيغ الكتابة والتعاقد بين الناس حفظاً للحقوق والمعاملات من الضياع بل دليلاً عند النتازل والتخاصم أمام القضاء [2].

وعلى ضوء نص اية الدين نجد أن الفقه الإسلامي أقر بكتابة الدين والمحافظة على الحق وأن الفقه الإسلامي لم يفرق بين الدين القليل والكثير في الاية الكريمة ،لان كلاً منها حق والحق لايتجزأ بخاصة في وجوب الرعاية والمحافظة وأعتبر وجود شاهدين على الكتابة لاثبات الحقوق والمعاملات غاية ماجرى العمل في الأثبات [3].

مما سبق ذكره أقر الفقه الإسلامي بصفة عامة الكتابة وبصفة خاصة كتابة الدين والمحافظة على الحقوق بجميع أقسامها وأنواعها وأتفق تماماً على ماجرى عليه العمل في الفقه الإسلامي جملة وتفصيلاً.

[1] د.نصر فريد واصل ، المرجع السابق ، ص 114.
[2] أبن فرحون البصري المالكي ، مرجع سابق ، ص 285.
[3] د. حسن محمد حماد إدريس ، حجية التوقيع الالكتروني في قانون الاثبات فقهاً وقضاءاً ، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة الخرطوم ، 1422هـ-2011م ، ط1، ص 76.

المطلب الثاني :

الكتابة في القانون الوضعي

لاتحكيم دون إدارة الإطراف ، فالتحكيم عمل إداري كما أنه لاتحكيم دون شرط تحكيم أو مشارطة تحكيم . بمعنى أنه لاتحكيم إلا إذا كان الاتفاق على التحكيم مكتوباً [1].

وجاء في كل التشريعات العربية النص على شرط كتابة عقد التحكيم كما في القانون السوداني [2] والقانون المصري [3] وشرط التحكيم هو الاتفاق المكتوب السابق على قيام أي نزاع سواء ورد مستقلاً بذاته او ورد كبند في عقد من العقود . وشرط كتابة اتفاق التحكيم لايرد فقط على شرط التحكيم وإنما يرد أيضاً عاى مشارطة التحكيم ومشارطة التحكيم هي الاتفاق المكتوب على اللجوء للتحكيم بعد نشؤ او قيام النزاع . وهناك اتفاقية [4] أشترطت لصحة اتفاق التحكيم أن يكون مكتوباً حيث نصت : (تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم موضوع من روابط القانون أو غير التعاقدية) .

وللكتابة أهمية كبرى في القوانين العربية ومنها مااعتبر الكتابة من الشروط الشكلية والغرض منها الإثبات ومنهم من اعتبرها من شروط الانعقاد ورتب على إغفالها البطلان[5]

خصوصية الكتابة كشرط لصحة اتفاق التحكيم :

[1] القصيمي صلاح أحمد محمد طه ، مرجه سابق ، ص 125.
[2] قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المادة 8.
[3] قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م ، المادة (12).
[4] إتفاقية نيويورك لسنة 1958م ، المادة (2)
[5] د. حمزة احمد حداد ، التحكيم في القوانين العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية (بيروت) 2007م ، ص 84.

إشترط القانون السوداني [1] لسنة 2005م أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً والا كان باطلاً وطبقاً لذات نص المادة يكون اتفاق التحكيم إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ماتبادله الطرفان من الرسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المختلفة . وليس ضرورياً أن يكون شرط التحكيم وارد في ذات العقد مصدر الرابطة القانونية [2] .

والكتابة شرطاً لازماً لصحة اتفاق التحكيم ، حيث يقع باطلاً كل اتفاق تحكيم لم يفرغ في شكل مكتوب . ززفقاً لنص القانون المصري [3] فإنه (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً غذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ماتبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة) ويلاحظ أن هذا النص قد توسع في تحديده للكتابة في اتفاق التحكيم ، حيث لم يقصرها على المحررات الموقعة من الطرفين وإنما جعل في حكمها رسائلهم أو برقياتهم أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة إذا أشارت صراحة إلى اتجاه نيتهم للتحكيم [4] .

نص القانون النموذجي [5] على أن (اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم ، جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت او غير تعاقدية ، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ويعتبر الاتفاق مكتوباً إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلسكات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي تكون بمثابة سجل للاتفاق ، أو في تبادل المطالبة والدفوع التي يدعى فيها أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الاخر).

شروط الكتابة في عقد التحكيم في القوانين المقارنة :

---

[1] قانون التحكيم السوداني 2005م . المادة (8)

[2] د. القصيمي صلاح أحمد محد طه ، مرجع سابق ، ص (127).

[3] قانونالتحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م ، المادة (12).

[4] د. عبدالعزيز عبدالمنعم خلبفة ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، 2006، ط 1، ص (33) .

[5] القانون المنوذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985م ، المادة (7) /1.2

لقد أتفق المشرعون في القوانين العربية [1] على ضرورة كاتبة عند التحكيم بإعتباره عقداً شكلياً لايعتد به الا إذا كان مكتوباً ولكن أختلفوا في اعتبار الكتابة شرط انعقاد أم شرط إثبات وقوانين الدول العربية كلها أجمعت على أن يكون عقد التحكيم مكتوباً ، من هذه الدول جمهورية السودان وجمهورية مصر العربية والمملكة الاردنية الهاشمية ومملكة البحرين وجمهورية الجزائر .

وقد نص القانون الاردني [2] على مايلي :

(يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً والإ كان باطلاً ، ويكون اتفاق التحكيمخ مكتوباً إذا تضمنته وقعه الطرفان أو إذا تضمنته ماتبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة والتي تعد بمثابة سجل للاتفاق : ويعد في حكم الاتفاق المكتوب كل حالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة في إعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد . إذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع من قبل المحكمة . فعلى المحكمة أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم . ويعد هذا القرار بمثابة اتفاق تحكيم مكتوب) .إن مختلف الاحكام القانونية الخاصة بالتحكيم تدل بوضوح على كتابة شرط التحكيم وبعض الدول قضت ببطلان العقد إذا لم يكن مكتوباً [3].

وتبين من هذه النصوص أن قوانين الدول العربية تتفق على ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً . ولكن تختلف قوانين السودان ومصر والاردن من جهة – جيث أن الكتابة في القوانين المذكورة هي شرط انعقاد – عن القانون الفلسطيني والبحريني والجزائري من جهة أخرى حيث انها تعتبرها شرط إثبات . لذلك يترتب على عدم كتابة الاتفاق بطلان فيلا كل

[1] د. حمزة أحمد حداد ، المرجع السابق ، ص 85.
[2] قانون التحكيم الاردني رقم 31 لسنة ، المادة (10) فقرات أ، ب، ج .
[3] د. حمزة أحمد الحداد ،. مرجع سابق ، ص 85.

من مصر والسودان والاردن ، في حين يكون الاتفاق الشفوي صحيحاً في كل من فلسطين والبحرين والجزائر ولكن لايجوز إثباته إلا كتابة [1].

ومن صور الكتابة أيضاً إحالة طرفي العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم .إذا كانت الاحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من اتفاق التحكيم [2] ومثال ذلك أن ينقل (أ) إلى (ب) بضاعة عن طريقر البحر بسعر معين وأجرة نقل معينة . ويتفق الطرفان على احكام وشروط العقد الأخرى بالإحالة إلى عقد إجارة السفينة بين (أ) وبين مالك السفينة (ج) ويتضمن عقد الإجارة شرطاً لتسوية النزاع بين (أ) وبين(ج) عن طريق التحكيم في هذا المثال يسري شرط التحكيم على علاقة النقل البحري بين (أ) وبين(ب) . إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد البحري بين (أ) وبين (ب) ، إذا كانت الإحالة واضحة في إعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد ، أي انه لايكفي لذلك مجرد الإحالة واضحة في إعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد ، أي انه لايكفي لذلك مجرد الإحالة إلى عقد إجارة السفينة بل يجب أن ترد في الاحالة (مثلاً) عبارة (بما في ذلك شرط التحكيم الوارد في عقد الإجارة) . أو عبارة أخرى مماثلة [3].

وسياق النص يدل على أن العقد المتضمن للإحالة يجب أن يكون مكتوباً ، وبالتالي فإن الإحالة للعقد النموذجي يجب أن تكون كتابة أيضاً ولايقبل الادعاء بغير ذلك . كما أن الكتابة هنا تفسر بالمعنى الواسع أيضاً بحيث تشمل وسائل الاتصال الحديثة .

ومن صور الاتفاق المكتوب ايضاً أن يتم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع من قبل المحكمة ، فتقرر المحكمة إحالته إلى التحكيم ، وفي هذه الحالة يعتبر قرار المحكمة بحد ذاته بمثابة اتفاق تحكيم مكتوب ، حتى ولو لم يوقع أطراف النزاع على المحضر

[1] د. حمزة احمد حداد ، مرلاجع سابق ، ص 83.
[2] د. حمزة احمد حداد ، مرلاجع سابق ، ص 88.
[3] الق5ضيمي صلاح أحمد محمد طه ، مرجع سابق ، ص 135.

المتضمن لاتفاقهم ولقرار المحكمة وهذه الحالة منصوص عليها في القانون السوداني [1]. تحت عنوان وقف إجراءات الدعوى بغرض التحكيم . ولايوجد لها مقابل في القانون المصري بالرغم من كثرة تطبيقاتها في الحياة العملية ويعتبر القرار بحضور اطراف النزاع في المحكمة بمثابة الاتفاق المكتوب . مادام أن هذا القرار استند إلى اتفاق الأطراف وفق ماهو مثبت في محضر المحاكمة .

إن كتابة الأحكام قد اصبحت عرفاً تعارفت عليه الناس منذ زمن بعيد بين القضاء والمحكمين في الاسلام ، ولقد تركت لنا هذه الكتب ثروة ضخمة من السجلات والأحكام حيث لاتزال دور الكتب تحتفظ بالشئ الكثير منها [2] .

مما سبق يتضح أن التشريعات المقارنة أتفقت على ضرورة كتابة عقد التحكيم بإعتباره عقداً شكلياً لايعتد به الإ إذا كان مكتوبا وأميل إلى الفقه الإسلامي الذي أخذ منه القانون .

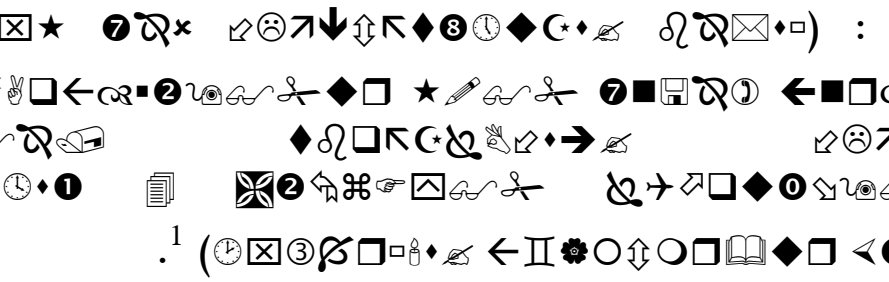
[1] قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م ، المادة (10)
[2] محمد سيد أحمد عبداللرحمن ، رسالة ماجستير بعنوان (التحكيم في عقود التأمين) جامعة وداي النيل 1433هـ-212م ، ص (107).

المبحث الثاني

تحديد موضوع النزاع في مشارطة التحكيم

المطلب الاول :

ماهو البطلان في عقد التحكيم :

قال تعالى : ( [1].

فإن تنازعتم : أي اختلفتم في شئ : في أمر دينكم ، واحسن تأويلا : اي أحسن مالاً وعاقبة او مرجعاً والمعنى أن ذلك الرد خير لكم وأحسن مرجعاً ترجعون اليه [2].

المشرع السوداني وضع جزاء البطلان عند تجاوز الحكم لاتفاق التحكيم ويجب على هيئة التحكيم التقيد بموضوع النزاع والخروج عنه يعتبر من أقوى أسباب البطلان ويفهم ذلك من نص القانون السوداني [3] . ويجب على الهيئة أن تحدد في مشارطة التحكيم موضوع النزاع وإذا لم تصع الهيئة مشارطة التحكيم لاسباب عديدة منها مثلاً غياب المحتكم ضده عن التاحكيم وهذا الغياب يحول دون توقيع المشارطة ، أو اختلاف الأطراف حول بنود المشارطة وعدم توقيهم ففي مثل هذه الحالات يجب على هيئة التحكيم صياغة نقاط النزاع في المحضر وتحديد القانون الإجرائي والموضوعي وفقاً لنص القانون السوداني [4].وبالتالي نستطيع أن نقول أن عدم موضوع النزاع في مشارطة التحكيم لايعتبر بطلاناً في اتفاق التحكيم طالما أن الهيئة تقيدت بالشرط ولم تتعد حدوده وصاغت نقاط النزاع في محضر

---

[1] سورة النساء ، الاية (59).
[2] د. منير أحمد قاضي ،ومرجع سابق ، ص 87.
[3] قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المادة (41) فقرة (أ).
[4] قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م ، المادة (21و20)

الغجراءات لأن نقاط النزاع هي نفسها موضوع النزاع التي يفترض صياغتها في المشارطة .[1]

وطبقاً لصريح نص القانون المصري [2]يجوز ان يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته او ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين ، وفي هذه الحالة يجب ان يحدد موضوع النزاع . ولعل الغاية واضحة من تقرير جزاء البطلان وهو مواجهة محاولات نزع الاختصاص الأصيل للمحاكم باللجوء إلى التحكيم دون أن يحدد للتحكيم مهام محددة سلفاً ، فلا يكون للمحاكم إذا لم يتقرر جزاء البطلان صلاحية الفصل في النزاع ، ولا يمكن لهيئة التحكيم أن تمارس اختصاصاً تحكيمياً صحيحاً بغياب محل التحكيم أو موضوعة فنواجه على ارض الواقع بحالة من حالات إنكار العدالة إن جاز الفعل والتعبير ، ووفقاً للقانون السوداني [3] يجب أن يكون موضوع التحكيم محدداً وواضحاً يكشف عن إدارة المتعاقدين في تحديد المنازعات التي تطرح على هيئة التحكيم .

البطلان هو وصف يلحق بالعمل القانوني ويمنع من ترتيب الأثار التي تترتب أصلا على مثل هذا العمل لوجود عيب في هذا العمل .؟ كما يعتبر تكييف قانوني لعمل مخالف لنموذجه القانوني يؤدي إلى عدم إنتاج الاثار التي يرتبها عليه القانون إذا كان كاملاً .[4]

يضع القانون نموذجاً للعمل الإجرائي ينبغي إتباعه حتى ينتج هذا العمل أثارة فإذا تمتى مخالفة هذا النموذج فغن العمل يصبح معيباً ويوصف بأنه باطل . ولاتنتج عنه أثارة التي يرتبها القانون على العمل الصحيح المطابق للمنوذج القانوني فالمشرع يحدد عناصر العمل والشروط الواجب توافرها فيه لإنتاج الأثار التي تترتب على القيام به ، فإذا لمك

[1] د. القصيمي صلاح احمد . مرجع سابق . ص 142.
[2] قانون التحكيم المصري رقم 27 بلسنة 1994م ، المادة (10)
[3] قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المادة (32) ف (1)
[4] د. القصيمي صلاح أحمد محمد طه ، مرجع سابق ، ص 142.

تتوافر هذه العناصر أو شابها عيب فإن الأثار المفترض ترتيبها لن تترتب . وبذلك يعتبر العمل باطلاً .

تحديد حالات البطلان :

القاعدة العامة في تحديد حالات البطلان انه لايبطل إذا تحققت الغاية من الإجراء ،فالاجزاءات ليست مقصورة لذاتها وإنما لغاية يرجى تحققها . وهذه الغاية إما ان تحصل وإما لا وبناء على ذلك حرص المشرع المصري [1]على التوفيق بين إعتبارين :

1/ الاعتبار الاول هو ضرورة احترام مايفرضه القانون من شكل العمل الإجرائي .

2/ الاعتبار الثاني هو عدم التضحية بالحق من أجل الشكل . فلا يهدر الحق الموضوعي نتيجة بطلان الإجراءات التي هي بمثابة وسيلة لحماية الحق .

اتفاق الأطراف على بعض انواع التحكيم يعتبر بطلاناً مطلقاً :

لقد حدد المشرع السوداني [2]طبيعة المواضيع التي تنظر بموجب هذا القانون (تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم يجرى في السودان أو في الخارج ، إذا اتفق أطرافه على إخضاعه لاحكام هذا القانون متى كانت العالقة القانونية ذات طبيعة مدنية سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية) . وعدم الالتزام بضوابط محل التحكيم يجعل التحكيم باطلاً او في حكم المعدوم والحالة المدنية او الامور المتعلقة بصحة الزواج وإثبات النسب ، كما اليجوز التحكيم في الجزائم الجنائية . زكذلك لايجوز التحكيم في المسائل التي تتصل بالأسس الاقتصادية او الاجتماعية او السياسية أو الاخلاقية أو مايعرف بالنظام العام الداخلي . ولكن جوز التحكيم في الحقوق المالية الناشئة عن الزواج او الطلاق او التعويض الناشئ عن ارتكاب جريمة .

[1] د.فتحي والي ، مرجع سابق ، ص 210.
[2] قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م ، المادة (3) الفقرة (أ)

لايجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام [1]:

نص القانون السوداني [2]على (يجوز طلب إلغاء حكم هيئة التحكيم إذا اتضمن الحكم مايخالف النظام العام في السودان) .

ويقصد بالنظام العام [3] في دولة مامجموعة الأصول والقيم العليا التي تشكل كيانها المعنوي وترسم صورة الحياة الانسانية المثلى فيها وحركتها نحو تحديد أهدافها سياسية كانت أو إجتماعية أو اقتصادية أو خلقية وهي تفرض دائما وتكون في صورة قواعد قانونية امره تحكم هذه العلاقات وتبطل عقدية كانت أو غير عقدية .

ويكون البطلان المطلق هو مالها ، ويحق لكل ذي مصلحة أن يطلب إبطال هذا التصرف بل يحق للقاضي أن يتصدى لهذا البطلان من تلقاء نفسه دون حاجة لطلب الخصوم ، عليه إذا كان اتفاقف التحكيم يحمل بين طياته محلا لنزواعات تتعلق بالنظام العام فإن هذا الاتفاق يحمل بين جوانبه عوامل إبطاله ويصبح اتفاق الاطراف غير قابل للتنفيذ لان الاتفاق بعد في هذه الحالة باطلاً بطلان مطلقاً ، كما لايجوز التحكيم في المسائل التي لايجوز فيها الصلح ، وهنا ربط المشرع السوداني بين القاعدة الامر والنمظام العام اذ ان اتفاق التحكيم قد يكون اتفاق بالتنازل والتصرف في جزء من الحق ولهذا كان من المنطق الايجوز الصلح الاحيث يكون للأطراف حرية الاتفاق ، وتلك الحرية لاتتوفر اذا ماوجدت قاعدة امرة متعلقة بالنظام العام .[4] أيضا البطلان هو كل عمل إداري يأتيه المخاطب به بالمخالفة له ، عقداً كان هذا للعمل أو عملاً منفرداً من ناحية ، وعدم جواز النزول عنم الحقوق والمراكز القانونية التي تقررها للبعض منهم قبل البعض الاخر ، ومن ناحية أخرى هناك علاقة تبادلية بين مفهوم النظام العام وبين القواعد الأمرة ، فالنظام العام

[1] د. بدرية عبدالمنعم حسونة قاضي المحكمة العليا السودانية ، مقال المنازعات التي لايجزو أن تكزن محلا للتحكيم ، صحيفة اخبار اليوم العدد 66، 2014/5/13م ، ص 8.
[2] قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م ، المادة (41) (ا)
[3] د. بدرية عبدالمنعم حسونة ، قاضي المحكمة العليا السودانية ، مرجع سابق ، ص 8.
[4] د. القضيمي صلاح احمد محمد طه . مرجع سابق ، ص 145-146

هو السبب في إكتساب بعض القانون صفتها الأمرة ، وهو مايبرر منم ناحة وجود قواعد بأنها قواعد أو نصوص أمرة بقانون التحكيم ، كما أنه يبرر البطلان كجزاء وأثر على مخالفة مايتعلقف بالنظام العام .

هذا فضلاً عن كون القاعدة الأمرة التي يرى المشرع السوداني أنها تتعلق بالنظام العام وهي قاعدة تعني بالدرجة الأولى المصلحة العامة فهي لاتهم أفراد بقدر ماتهم المشرع نفسه في رعايته للمصالح العامة للمجتمع ، وفي هذه الحالة يأبى المشرع القانوني أنيتفق الأطراف على مايخالف تلك القاعدة .

لذلك تواثرت أحكام المحكمة العليا [1]على تقريرها ؟؟؟ احكام التحكيم لمخالفته للقواعد الامرة والنظام العام فمثلاً : إذا كان هنالك شركة اتفقت مع شركة أخرى حكومية لتسهيل حصول الشركة على غقد مقاولة كبير من الشركة الحكومية وذلك بإستغلال نفوذه لأحد الءمسئولين مقابل الحصول على عمولة نقدية كبيرة وحصل ان تحصلت الشركة الخاصة على العقد الموعود به وبعد فترة من الزمن لم تقم بالوفاء بالتزام ما ؟؟ مع الشركة الحكومية فاتفقا على اللجوء للتحكيم ، وهنا يثأر سؤال مبدئي (هل الاتفاق المبرم بين المدعي والشركة الحكومية كوسيط بالنفوذ صحيح أم باطل وهل هذا الاتفاق يخالف النظام العام من عدمه ؟) وهذا السلوك يخالف كل المبادئ لمخالفته لقاعدة امرة وهي منع الرشوة وهي قاعدة متعلقة ابلنظام العام .

إن إدارة الخصوم يجب أن تتطابق في شأن تحديد النمازعات للتحكيم ، زلما كانت هذه المنازعات معلومة بصفة عامة في شرط التحكيم [2]، لأنه عنصرب من عناصر عقد معين ، ولاتكون معلومة في مشارطة التحكيم ، فقد اقتصر القانون على إلزام الخصوم بتحديد موضوع النزاع في المشارطة وحدجها أو أثناء المرافقة ولو كان المحكمون مفوضين

[1] د. بدريةو عبدالمنعم حسونة ، قاضي المحكة العليا السودانية ، مرجع سابق ، ص 8.
[2] د. احمد ابو الوفاء ، التحكيم الاختياري والالجباري ، دار المطبيوعات الجامعية ، الاسكندرية 2007، ص 37-38

باللصلح وإلا كان التحكيم باطلاً ، ويكتفي القضاء في فرنسا وبلجيكا كقاعدة عامة أن يبين الخصوم موضوع التحكيم بوجه عام دون تفصيل بكل أوجه النزاع كما جاء في القانون السوداني [1](إذا كان موضوع النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة) ، فمثلاً يكفي أن يقر الخصوم على التحكيم لتصفية الحساب بينهم أو لحسم الخلافات الناشئة عن تنفيذ عقد إيجار منزل يملكه أحدهم .

[1] قانون التحكيم السوداني لسنة 2005، المادة (7)/ب

المطلب الثاني :

لايجوز التحكيم في مسائل الأحوال الشخصية :

لحسم الخلافات الناشئة بين الزوجين عن نظام اشتراك الأموال الذي تم الزواج على أساسه ولايعمل في هذا الصدد بالضابط المقرر عند خلو صحيفة افتتاح الدعوىلا من بيان موضوعها ووقائعها وأدلتها وطلبات المدعي وأسانيدها ، وما إذا كان يترتب البطلان جزاء نقص البيانات المتقدمة او لايترتب وإنما يكفي لصحةن المشارطة أنه يذكر فيها موضوع التحكيم بوجه عام [1].

ومن أمثلة المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية [2] التي لايجوز فيها التحكيم المسائل المتعلقة يثبوت النسب وصحة الزواج أو بطلانه ، والمحارم الذين لايجوز الزواج بينهم ، ووقوع الطلاق أو عدم وقوعه وتحديد الأنصبة في الميراث وعدم جواز التبني والنفقة ونفقة المتعة وأجرة الحضانة وسكن الحضانة والقانون السوداني[3] قيد التحكيم فقط في الامور المتعلقة بالطبيعة المدنية .

وقد قضت محكمة النقض بأن التحكيم هو طريقف استثنائي قصره المشرع المصري على ماتتصرف إليه إدارة المتحكمين ، ولهذا أوجب المشرع أن تتضمن مشارطة التحكيم تعيين موضوع النزاع أو تحديد هذا النزاع اثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم ، يذكر في قرار موضوع النزاع الذي أثير بين الطرفين المتعاقدين والذي أدى إلى طلب أحد الاطراف البدء بالاجراءات لكي يتم الفصل في ذلك النزاع بالتحكيم .[4]

---

[1] د. احمد ابو الوفاء ، مرجع سابق ، ص 37-38.

[2] القصيمي صلاح احمد محمد طه ، مرجع سابق ، ص 151.

[3] قانون التحكيم السوداني لسنة2005م المادة (3) فقرة (1)

[4] د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، جامعة بغداد 1412هـ-1992م ، ص 332.

لايجوز التحكيم في المسائل الجنائية :

لايجوز التحكيم بصدد تحديد مسئولية الجاني عن الجزيمة الجنائية ، وإلا عد باطلاً لمخالفته للنظام العام والقانون بمفهومه التالي : (إذا أشتمل الاتفاق على التحكيم في منازعات يجوز فيها الصلح فإن شأنه في ذلك شأن سائر العقود ، يصح بالنسبة إلى مايجوز فيه الصلح ويقتصر البطلان على الشق الباطل الذي لايجوز فيثه الصلح وحده مالم يقدم من يدعي البطلان الدليل على أن الشق الباطل أو القابل للإبطال لاينفصل عن جملة التعاقد ، بينما يجوز التحكيم في الشيك بالرغم من طبيعة جريمة الشيك الجنائية وفقاً للقانون السوداني [1] لاعتبارين الاول : أن جريمة الشيك الحق الخاص وطالما يجوز فيها التصالح يجوز فيها الاتفاق على التحكيم ، أما الاعتبار الثاني : هو سقوط الشق الجنائي للشيك وذلك عند فوات سته اشهر من تاريخ تحرير الشيك ولم يقدمه الساحب للصرف خلال تلك الفترة ، وفي هذه الحالة ينتفي الركن الجنائي للشيك لعدم تقديم الشيك وختمه من البنك وبالتالي يرجع المستفيد للقضاء المدني لتحصيل قيمة الشيك وهنا يجوز الاتفاق بين الأطراف لحل النزاع عن طريق التحكيم.[2]

خلاصة القول يتفق القانون السوداني من القانون المصري في أن نقاط النزاع هي نفسها موضوع النزاع ويرى بعض الفقهاء أن التحكيم الصادر في أمر مخالف للنظام العام أو الأداب ليس باطلاً بل معدماً وبالتالي يجوز رفع الدعوى في أي وقت ، وعلى العكس من ذلك الدفع بالبطلان حدد له القانون زمن محدد فالمشرع السوداني اتفق مع فقهاء التحكيم في ذلك ، ويتفق الفقه الإسلامي من القانون في مسائل الأحوال الشخصية فحل النزاع فيها من اختصاص المحاكم الشرعية وفي تقديري ارجح به العمل بالقانون .

[1] القانون الجنائي السوداني لبسنة 1991م، المادة (179) .
[2] د. القيصمي صلاح احمد محمد ، مرجع سابف ، ص 151-152.

المبحث الثالث

جزاء الاتفاق على التحكيم فيما لايجوز فيه التحكيم

المطلب الأول :

مالايجوز فيه التحكيم :

إن مالايجزو فيه التحكيم ينحصر فقط في المسئل المتعلقة بالنظام العام . ونضيف أن عقد التحكيم في هذه المسائل يكون باطلاً بطلاناً من النظام العام ، فيجوز أن يتمسك به أي خصم في الدعوى وفي أي حالة عليها الإجراءات .[1]

(بل ذهب رأ في الفقه أنه عيل المحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها دوون العتداد بما اتفق عليه الخصوم . ومن المسائل المتقدمة مالا يجوز لذات المحاكم أن تفصل فيه مثل أعمال السيادةوطلبات الخصوم المخالفة للنظام العام وحسن الأداب ، ونجد أن المشروع السوداني قد اتفق مع فقهاء التحكيم في هذه الجزئية حيث نص القانون السوداني[2] بالاتي (للمحكمة المختصة أن تقضي ببطلان الحكم من تلقاء ذاتها بناء علي الاسباب الواردة في االبند (1)) . ويري جانب من الفقهاء حكم التحكيم الصادر في أمر مخالف للنظام العام أو الأداب ليس باطلاً بل معدوماً وفي هذه الحالة يجوز رفع الدعوة في اي وقت عكس الدفع بالبطلان الذي حدد له القانون زمناً محدداً).[3]

لم ينص القانون السوداني علي عدم جواز تجزئة التحكيم في حين أن القانون المدني نص علي ذلك بالاتي : (الصلح لا يتجزا فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله) .

---

[1] د.أحمد ابو الوفاء ، عقد التحكيم وإجراءاته ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2007م ، ص 117.

[2] - قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م ، المادة (41) / (3) .

[3] - د. القصيمي صلاح أحمد محمد طه ، مرجع أسبق ،ص153 .

(وحكم الفقرة الاولي لايسري اذا تبين من عبارات العثد او الظروف أن المتعاقدين قد أتفقا علي أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض).[1]

يتضح من هذا النص انه ينبغي التفرقة بين نوعين من التحكيم : التحكيم بالصلح والتحكيم بالقضاء فالتحكيم بالصلح طبقا لنص المادة السابقة غير قابل للتجزئه وبناء عليه فإنه إذا اشتمل العقد في شق منه علي منازعات لايجوز التحكيم فيها يترتب علي ذلك بطلان العقد كله ولعل القانون راعي مل للصلح من صقة خاصة تمكيزة عن غيره من العقود ،ففيه ينزل الشخص عن جزء مم يدعية في مقابل أنينزل باقي أطراف العقد أيضاً عن جزء مما يدعونه فهو علي هذا النحو لا يتجزأ .[2]

(أما اذا تبين من عبارات العقد أإو من الظروف أن المتعاقدين قد اتفقا علي أن اجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض ، فإن هذا الإتنفاق لا يكون باطلا إلا في الجزء الذي يشتمل علي منازعة لايجوز التحكيم فيها . أما التحكيم بالقضاء فهو يقبل التجزء بطبيعتة سواء من ناحية الموضوع أو من ناحية الاطراف ،ة ولا يستثني من هذه القاعدة الا الحالة التي يكون فيها الموضوع لا يقبل التجزء بحسب طبيعتة او بنص القانون أو بالاتفاق ومن ثم إذا اتفق علي التحكيم في أمر يتصل منه بالنظام العام بطل التحكيم في هذا الشق دون الشق الآخر وعلي المحكمة أن تبطل التحكيم في الشق المتصل بالنظام العام وتستبقيه بالنسبة للسق الاخر وإذا عرض المخكم موضوع يتالف من عدة طلبات بعضها يتصل بالنظام العام دون البعض الآخر ، وجب عليه أن يمتنع عن الفصل في هذا الشق المتصل بالنظام العام لإنتفاء سلطته في هذا الصدد) .[3]

(التحكيم لايجوز في المسائل التي لايجوز فيها الصلح ، ولايجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام ولكن يجوز في المصالح المالية التي تترتب علي الحالة

---

[1] - القانون المدني ، المادة 755 ، / (1) .
[2] - القانون المدني ، المادة 755 / (2) .
[3] - د. أحمد ابو الوفاء ، مرجع أسبق ، ص116

الشخصية أو التي تنشاء من إرتكاب إحدي الجرائم كما نص القانون السوداني[1] علي ذلك بقوله (يقصد به إتفاق الأطراف في المنازعات ذات الطبيعة المدنية علي إحالة ما ينشاء بينهم من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو علي إحالة اي نزاع بينهم ليحل عن طريق هيئات أو أفراد يتم اختيارهم بإرادتهم وإتفاقهم [2]) .

قصد المشرع إجازة التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام وذلك لانها تخضع لرقابة وإشراف السلطة العامة التي يعينها ويهمها أن تسري قواعد عامة موحدة . ولا يجوز التجكيم بصدد مسؤلية الجاني وما إذا كان إرتكابهى يعد جريمة أو لايعد كذلك ، ولا يجوز التحكيم في الدعوي المتعلقة بنزع الملكية للمصلحة العامة لإتصالها بالنظام العام في المنازعات المتعلقة بملكية الأموال إذ آلت للدولة بطريق مشروع ، ولايجوز إجراء التحكيم في خارج الدولة فيما يدخل في إختصاص محكمها وحدها والأصل أن عقد التحكيم جائز عند أي نزاع يدخل في إختصاص محكمنا السودانية ، بل هو يجوز أيضاً علي أي نزاع هو في الأصل من إختصاص محكمه أجنبية ، كما نص القانون السوداني [3] بقوله : مع مراعاة الاحكام التي وردت في الفصل الثاني من الباب الاول من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم وفقاً لأحكام هذا القانون للمحكمة المختصة . أما إذا كان التحكيم خارج السودان يكون الاختصاص للمحكمة العامة بالخرطوم ما لم يتفق الاطراف على إنعقاد الاختصاص لمحكمة اخرى بالخرطوم).

عند الاتفاق على إجراء التحكيم في الخارج يجب التحقق من أن النزاع في الاصل لاتختص به المحاكم السودانية . أو على الاقل لاختصاص مشترك بين المحاكم ، واذا كان مكان التحكيم يعتبر عنصراً أساسيا في عقود التحكيم في المنازعات ذات العنصر الاجنبي فيجب أن يحدد هذا العنصر بوضوح في عقد التحكيم ويرتضيه المتاحكمين كما جاء في

[1] - د. بدرية عبد المنعم حسونة قاضي المحكمة العليا السودانية ، ورئيس إدارة التوثيقات السودانية ، مقال بعنوان (عقد التحكيم وشروطه وإثباته)، مجلة العدل ،ع20 ، أبريل 2007م ، ص(276- 285 / 276- 278) .
[2] - قانون التحكيم السوداني لسنة 2005 م، المادة (4) .
[3] - قانون التحكيم السوداني لسنة 2005 ، (5) .

مفهوم القانون السوداني [1] يجوز الاتفاق على إجراء التحكيم في الخارج وفي هذه الحالة يجب الرجوع في شأن صحة شروط التحكيم وترتيبه لأثار إلى قواعد قانون البلد الذي اتفق على إجراء التحيكم فيه بشرط عدم مخالفة قواعده للنظام العام في السودان [2].

إن النيابة العامة بوصفها الامنية على الدعوى الجنائية [3] تختص بكافة المسائل المتعلقة بالتجريم والعقاب فهي التي تستقل الواقعية المجمةوتحقق من شخصية الجاني والمجني عليه وتترك الوصف الصحيح على الواقعة محل التجريم ثم تحيل القضية برمتها إلى المحكمة مشفوعة بأدلة الإثبات التي توافرت لديها لإدانة الجاني على فعلته .

الدعوى الجنائية عادة ماتوصف بالدعوى العمومية ، والنيابة العامة هي بصدد التحقق من الجريمة وملاحقة الجاني على فعلته حتى تقديمه للمحاكمة الجنائية فهي لم تكن نائبة عن شخص المجني عليه فحسب بل إنها تمثل المجتمع وحقه في القصاص من الجاني للوصول إلى هدفيها الرئيسيين وهما الدرع والمنع اللازمين لاستقرار أمن وسلامة المجتمع . بإستعراض مواد القانون الجنائي نجد أن المشرع قد أحاطها بكثير من الأهمية وأسبغ عليها وصف المدافع الأول للحريات والحرمات واعتبرها الضمانة الأكيدة لاستقرار المجتمع والمحافظة على أمنه وسلامته ضد أي تخريب أو عدوان فأصبحت بحق من ضروريات المجتمع لاغنى عنها واعتبرت من النظام العام التي لايجوز الاتفاق على مخالفتها . وبما أن المواد الجنائية من المواد الامرة المتعلقة بالنظام العام فإنه لايجوز الاتفاق على مخالفتها أو التصالح فيها وبالتالي لايحق للأطراف أن يجعلوها محلاً لاتفاق التحكيم لأن التحكيم لايجوز في المسائل التي لايجوز فيها الصلح .

---

[1] قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المادة (7)/ أ/ب.

[2] د. بدرية عبدالمنعم حسونة قاضي المحكمة العليا السودانية ورئيس إدارة التوثيقات الاتحادية ، مرجع سابق ، ص 278.

[3] د. بدرية عبدالمنعم حسونة قاضي المحكمة العليا السودانية ورئيس مقال في المسائل التي لايجوز فيها التحكيم لتعلقها بالتجريم والعقاب ، صحيفة اخبار اليوم، ص 8.

بما أن التحكيم غير جائزاً في المواد الجنائية [1] لأنه لايجوز التصالح بشأنها لتعلقها بالنظام العام ، كما أن المجني عليه لايحق له التنازل عن تطبيقها وإن فعل ذلك عذ متصرفاً فيما لا يملك ذلك لأن النيابة العامة هي بصدد مباشرتها الدعوى العمومية تكون نائبة عن المجتمع ككل وليس شخص المجني عليه ، وبالتالي لايجوز لها أن تغض البصر عن الجريمة ومرتتكبها بتمام تنازل المجني عليه عنها ، ولكن مع ذلك يجوز الاتفاق على التحكيم في الحقوق المدنية المتعلقة بهذه الجرائم مثلاً التعويض عن الضرر المادي والأدبي الذي أصاب المجني عليه من جراء الجريمة الواقعة عليه ، والتي تنقض فقيها الدعوى الجنائية بالتصالح ، وأن حق المجتمع يعلق على حق المجني في التنازل عن الفرد الذي أصابه من الجاني وبالتالي لايجوز الاتفاق على التحكيم في شأن هذه القضايا ، ومع ذلك يجوزالاتفاق على التحيكم في التعويض المدني الذي يطلبه المجني عليه من الجاني جراء الضرر الواقع عليه بشأن إحدى الجرائم ، كما لايجوز الاتفاق على التحكيم في الاموال التي تمنع الأنظمة في التعامل فيها المواد المخدرة والاسلحة والاوراق المالية المزيفة وربا القمار .

كما لايجوز الاتفاق على التحكيم في الجرائم التي يجوز فيها للمتهم التصالح مع الجهة الإدارية كالتصالح مع الإدارة المحلية أو الإحياء بشأن جرائم البناء بدون ترخيص أو تصالح المتهم مع الإدارة في الجرائم التموينية وخلافها لأن النيابة العامة وهي بصدد حفظ تلك القضايا من قبيل عدم الأهمية لم تنف صفة التجريم عنها وإنما نفت بقوة الملائمة بين ما أتاه المتهم من حرم وغلظة العقاب الذي سوف يلاقيه إذا ماتعرضت القضية على القضاء مع وجود هذا التصالح لأن المحكمة يجوز لها الاتستفيد بهذا التصالح وتحكم بالعقوبة المقررة بإعتبار أن الجرم قد وقع بالفعل .

خلاصة القول أن التحكيم جائز في المنازعات المتعلقة بالمسائل المالية التي تكون محلاً للتعويض الناشئ عن الضرر الذي أصاب أحد الاطراف من جراء أحد الجرائم التي ارتكبها

[1] د. بدرية عبدالمنعم حسونة ، مرجع سابق ، ص 8

الطرف الأخر وذلك رغبة في استقرار الامن الاجتماعي وتحقيق السلام العام والطمأنينة العامة من باب حماية المجتمعات كافة ، وعليه فإن فقهاء التحكيم قد اتفقوا مع القانون السوداني ويرى بعضاً من فقهاء التحكيم أن عقد التحكيم يعد باطلاً إذا خالف النظام العام والاداري وارجح ماذهب اليه فقه التحكيم لانه عليه العمل بالمحاكم المدنية .

المطلب الثاني : ما يجوز فيه التحكيم

يجوز الاتفاق على التحكيم في التفويض المدني الذي يطلبه المجني عليه من الجاني من جراء الضرر الواقع عليه بشأن إحدى هذه الجرائم، والتحكيم جائز في المنازعات المتعلقة بالمسائل المالية التي تكون محلاً لتعويض الناشئ عن ضرر أصاب احد الأطراف من جراء احد الجرائم التي ارتكبها الطرف الأخر وذلك رغبة في استقرار الأمن الاجتماعي وتحقيق السلام العام والطمئنينه العامة من باب حماية المجتمعات كافة [1].

اختلف العلماء في حكم التحكيم فذهب جمهور الفقهاء إلى جوازه ، وذهب بعض فقهاء الشافعية وابن جزم إلى القول بعدم الجواز، في حين ذهب آخرون من الشافعية الى موافقة الجمهور [2]بل قالوا انه هو الأصح في المذهب ، وان كان بعض فقهاء الشافعية نقلوا الإجماع على مشروعية التحكيم .

التحكيم في أمور المسلمين وفي مهما تهم النظام وقد اجمع المسلمين عليه ولم يخالف فيه إلا الخوارج لأنه وقع لجمع من كبار الصحابة ولم ينكره أحد فكان إجماعا [3].

سأذكر الخلاف مفصلاً في هذه المسالة مع بيان أدلة الفرقتين ثم ترجيح ما رآه راجحاً في هذه الخلاف:

القول الأول : ذهب المالكية والحنفية وأكثر الشافعية والحنابلة إلى القول بجواز التحكيم ، فقال بعض الشافعية أن هذا القول الأصح في المذهب.[4]

استدلوا بما يلي :

1. قال تعالى ({وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا)[5] فعند الشقاق والخلاف بين الزوجين يشرح تكليف حكمين ، وقياساً على ذلك سائر الخصومات اذا تراضى المتخاصمان على ثالث يفصل بينها في النزاع.

---

[1]بدرية عبد المنعم حسونة ، مرجع سابق ،ص8.

[2]الماوري ، الحاوي الكبير شرح مختصر المذني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1، 1414هـ، 16/325.

[3]الشربني ، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت ، بدون تاريخ طبع، ج4، ص 378.

[4]الزيلعي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، دار المعرفة،بيروت، بدون تاريخ طبع، ج4،ص193.

[5]سورة النساء الايه (35).

2. قوله تعالى({لَّا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ عَلَى الْقَاعِدِينَ دَرَجَةً وَكُلًّا وَعَدَ اللَّهُ الْحُسْنَىٰ وَفَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ عَلَى الْقَاعِدِينَ أَجْرًا عَظِيمًا)[1].

القول الثاني : يجوز التحكيم بشرط أن لا يوجد قاضي في البلد، فان وجد قاضي لم يجز التحكيم والى هذا القول ذهب بعض فقهاء الشافعية [2].

واستدلوا على أن الحكم بين الناس من عمل الأمام ونوابه وفي التحكيم أفتيات على عمل الأمام فلا يجوز، فان لم يوجد قاضي جاز لوجود الضرورة حينئذ[3].في لكن هذا الاستدلال يجاب عنه : بان التحكيم يختلف عن القضاء فالحكم يقتصر حكمه على من رضى بحكمه ، بخلاف القاضي الذي له عموم الولاية ، بالإضافة إلى إن الحكم ليس له ولاية تنفيذ وبالتالي ليس هناك أفتيات على الأمام لان السلطة أهم ما فيها التنفيذ كما إن الأدلة التي استدل بها الفريق الأول صريحة يسندها وقوع التحكيم من الصحابة رضوان الله عنهم الذين هم اشد وأصوب فهماً للنصوص مما جاء بعدهم وبالتالي يترجح بل يتضح ما على عليه جمهور الفقهاء ومنهم جمهور الشافعية من جواز التحكيم.

وبعد أن توصلنا إلى جواز التحكيم وفقاً للأدلة السابقة فان هذا الجواز قد يرقي في بعض الحالات ليصبح مستحباً، كأن يدعو احد الخصمين أصابه للتحكيم لما فيه من رفق به من حيث الجهد البدني واو المالي أو يناله ضرر بذهابه الى المحكمة ، وقد يتسبب في كشف أشياء يرغب في سترها فحينئذ يندب للمدعو الى التحكيم الاستجابة لذلك ، ترتفع درجة التحكيم من الجواز إلى الاستحباب لما فيه من تحقيق رغبة أخيه، لما فيه من سماحة في المعاملة المطلوبة شرعاً كما يترتب عليه من بقاء المودة والإخوة.

خلاصة القول يجوز التحكيم عند فقهاء المذاهب الأربعة الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة جملة وعلى اختلاف في التفصيل،وارجع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية بجواز التحكيم وكذلك ارجع بشدة ما جاء به الفقه الحديث بجواز التحكيم في بعض المسائل .

---

[1] سورة النساء الاية (95).
[2] الشربيني ، المرجع السابق ، ص379.
[3] الشربيني ، مرجع سابق ، ص 380.

الفصل الرابع : الشروط الموضوعية لعقد التحكيم

المبحث الاول : الرضا في اتفاق التحكيم

المبحث الثاني : الاهلية

المبحث الثالث : محل التحكيم والسبب

المبحث الاول : الرضا في اتفاق التحكيم

المطلب الاول : الرضا في الفقه الاسلامي

(لاتحكيم دون إرادة الاطراف ، بمعنى ان التحكيم وهو يرتد الى اصله كعقد من العقود الرضائية، ويشترط فيه (ونعنى لصحته) أن يكون أطرافه اشخاصاً طبيعية او اعتبارية ، وان يكون لكل منهم حق التصرف في حقوقه،ولكي يكون اتفاق التحكيم صحيحاً من الناحية الموضوعية يجب ان يكون هنالم عناصر العقد الاساسية والتي ترتبط بالشرط الموضوعي وهي رضا صحيح واهلية تحمل هذا الرضا ومحل ينصب عليه هذا الرضا وسبب)[1].

الرضا هو القناعة بكل شيء والطمائنينة والسكون وعدم الاعتراض وترك الجذع ،وهو ركن جوهري في العقد ومن صفاته انه ثنائي او اكثر حسب تعداد اطراف العقد ، بذلك هو يتختلف عن الارادة ، الرضا باب الله الاعظم ومستراح العابدين ، وقيل رفع الاختيار وسرور القلب لمر القضاء تحت جريان الحكم. وهو خروج الكراهية من القلب حتى لايكون الافرح والسرور 2 وقال الله تعالى{لَّقَدْ رَضِيَ اللَّهُ عَنِ الْمُؤْمِنِينَ إِذْ يُبَايِعُونَكَ تَحْتَ الشَّجَرَةِ فَعَلِمَ مَا فِي قُلُوبِهِمْ فَأَنزَلَ السَّكِينَةَ عَلَيْهِمْ وَأَثَابَهُمْ فَتْحًا قَرِيبًا ﴿١٨﴾}[3]

وقال تعالى (فَلَنُوَلِّيَنَّكَ قِبْلَةً تَرْضَاهَا ۚ)[4] والرضا عن جمهور الفقهاء هو قصد الفعل دون ان يشوبه إكراه وعرف الاضاف بأنه : (امتلاء الاختيار الى بلوغ نهايته بحيث يفضى اثره الظاهر من البشاشة في الوجه.

وقال الله تعالى في شأن الرضا (رَ ِضَىَ اَللهُ عَنَّهُمْ ورَضَوا عَنَهُ ذَلِكَ لِمَنْ خَشِي رَبَهُ)[5] ،

(فالرضا هو الاساس الحقيقي الذي يقوم عليه العقد ويشترط وجود الرضا من الطرفين والشرط الثاني هو ان يكون هذا الرضا سليماً من الطرفين ، فوجود التراضي هو اساس لركن الرضا في التعاقد ، ويكون وجود التراضي تبعاً لوجود الارادة وهذه الارادة لابد ان يتم التعبير عنها سواء كان هذا التعبير صراحتة وا ضمناً ، والتراضي في الفقة الا سلامي قد اختلفت المذاهب

---

[1] د. القصيمي صلاح احمد محمد طه ، مرجع اسبق ، ص 154.

[2] أحمد بن محمد بن إبراهيم الثعلبي ، الكشف والبيان عن تفاصيل القران ،دار إحياء التراث العربي ،بيروت،لبنان، ط 1422هـ،2002م،ج1،ص262.

[3] سورة الفتح الاية (18).

[4] سورة البقرة (144).

[5] سورة البينة (8).

الفقهية في الإعتداد بالنية في أساس مايكون به صيغة القعد من لفظ دائم حيث يتم الربط بين النية (الارادة)[1] .

الحنفية :

ينعقد البيع عند الحنفية بكل لفظين يدلان على التمليك والتملك ،ويشترط ان يكونا لفظين ماضين كلفظ (بعت) و(اشتريت) دون الحاجة للبحث في النية أي أن المذهب الحنفي يأخذ بالارادة الظاهرة على اساس قرينة ان الفعل الماضي يدل على الانقضاء والانتهاء ولاينعقد عقد الهازل[2]).

المالكية :

ينعقد البيع عند المالكية بكل لفظ يدل على الرضا أذا كان بفعل الماضي كما في (بعت) و(اشتريت)، امافعل الامر ففيه خلاف في المذهب ، الراي الاول يساوي حكم صيغة الامر بحكم صيغة الماضي فينعقد بها البيع دون البحث في النية ، والراي الثاني ينعقد البيع بصيغة الامر بشرط اقتران الفعل بالنية ، والمذهب المالكي يعقد بالارادة الظاهرة كقاعدة عامة ، وكذلك بالارادة الباطنة في فعل الامر كما لاينعقد عقد الهازل[3]).

الشافعية :

ينعقد (البيع والشراء) بكل لفظ يدل على التمليك على مفهوم المقصود ، ويقسمون اللفظ الى قسمين صريح وكناية ، الصريح لايحتمل معناه الا البيع كما في فعل الماضي (بعتك) .، والكناية هي اللفظ الذي يحتمل معنى اخر غير البيع ، وفيها ينظر الى النية فان البيع والشراء صح ، وان اقترنت الكناية بلفظ الثمن كانت لفظا صحيحاً ، وتعتبر صيغة الامر دلاله على الايجاب في جميع الاحوال فاذا قال المشتري (بعت) فقال البائع (بعتك) انعقد العقد وعند الشافعية يؤخذ بالارادة الظاهرة في جميع العقود ولااعتبار لتجديد العبارة معناها الظاهر، فينعقد عندهم عقد الهازل ويلزمه حكم العقد[4]).

---

[1] محمد عثمان احمد المستشار القانوني بوزارة العدل، جمهورية السودان ، الوجيز في مصادر واحكام الالتزام (دراسة مقارنة)، السودان – الخرطوم ، ط1 ، 2015م ، ص 44-46.

[2] على بن ابي بكر بن عبد الجليل ، الهداية مع الفتح القدير ، القاهرة ، المطبعة الاميرية ، بدون تاريخ ،ج 5، ص 75 .

[3] محمد بن احمد الدسوقي ، حاشية الدسوقي على شرح الكبير ، دار عالم ، الرياض، طبعة خاصة ، 2003م، جزء 3 ، ص3.

[4] إبراهيم بن على بن يوسف الشيرازي ، المهذب ، القاهرة مطبعة مصطفى البابي الحلبي، بدون تاريخ ، ج1 ، ص 257.

الحنابلة :

لاينعقد عقد الهازل عندهم ،وإنعقاد العقد بصيغة الامر فيه خلاف بالمذهب على قولين : احدهما يجيزه والثاني يبطله 1ويرى بعض الحنابلة الاخذ بالارادة الباطنه حيث ان اعتبار المقصود في المعقود اولى من اعتبار الالفاظ،ومقاصد العقود هي التي تراد لاجلها فاذا التغيت واعتبرت الالفاظ التي لاتراد لنفسها كان هذا الإلغاء لما يجب اعتباره، لذا فان الاعتبار للعقود والافعال بحقائقها ومقاصدها دون ظواهر الفاظها[2].

خلاصة القول فإن الفقه الاسلامي ياخذ بالارادة الظاهرة والارادة الباطنة بالقدر الكفيل لتحقيق استقرار المعاملات، فيأخذ الفقة بالارادة الظاهرة لان المظهر الخارجي الدال على رغبة الشخص وقصده وفي ذلك قوله تعالى : {وَلَا أَقُولُ لَكُمْ عِندِي خَزَائِنُ اللَّهِ وَلَا أَعْلَمُ الْغَيْبَ وَلَا أَقُولُ إِنِّي مَلَكٌ وَلَا أَقُولُ لِلَّذِينَ تَزْدَرِي أَعْيُنُكُمْ لَن يُؤْتِيَهُمُ اللَّهُ خَيْرًا ۖ اللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا فِي أَنفُسِهِمْ ۖ إِنِّي إِذًا لَّمِنَ الظَّالِمِينَ ﴿٣١﴾} [3]. ومعنى ذلك ان الحكم قد يترتب على ظاهر ايمانهم ، اما مايضمرونه في انفسهم فقد رده الى الله تعالى الذي يعلم السر واخفى .

وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم :(امرت ان احكم بالظاهر والله يتولى السرائر)[4]. وقوله صلى الله عليه وسلم (امرت ان اقاتل حتى ان يقولوا لااله الا الله محمد رسول الله فاذا قالوها عصموا مني دمائهم واموالهم الا بحق الاسلام وحسابهم على الله)[5]. وكذلك اخذ الفقة الاسلامي بالارادة الباطنة في قوله صلى الله عليه وسلم (انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرءٍ مانوى [6]).

---

[1] ابو محمد بن عبد الله بن قدامه المقدسي ، المغني، القاهرة ، دار المنار ، بدوون تاريخ ، ج4 ،ص4

[2] ابي عبد الله محمد بن ابي بكر الذرعي الدمشقي (الملقب بشمس الدين والمعروف بابن القيم الجوزبة) اعلام الموقعين عن رب العالمين ، الرياض ، دار عالم، طبعة خاصة ، 2003م، ط3،ص 82.

[3] سورة هود الاية 31.

[4] اخرجه مسلم، الامام الحافظ جلال الدين السيوطي، الجامع الصغير ،بدون دار نشر ، بدون تاريخ طبع، ص354.

[5] اخرجه مسلم ، الامام الحافظ ، الجامع الصغير ، مرجع سابق، ص 354.

[6] اخرجه البخاري ، الامام ابي عبدالله ابن محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري ، الرياض ، دار السلام ، 1997، ص 300.

المطلب الثاني

الرضا في القانون الوضعي :

الرضا بالتحكيم هو جوهره المميز له والرضا يختلف عن التراضي والرضا قد يتوفر من طرف دو الاخر والتراضي يتم بانعقاد العقد لتلاقي ارادتين التراضي برضا الرطرفين معاً، والرضا باتفاق التحكيم هو تقابل ارادة طرفي هذا الاتفاق على اتخاذ التحكيم وسيلة فض المنازعات الناشئة او التي يمكن ان تنشأ مستقبلاً بينهما [1]

ويفرق القوانيين بين الرضا والتراضي فالاول هو الارادة المجتمه نحو احداث اثر قانوني وهي قوام العقد ، اما التراضي فهو التوافق بين ارادتيين على إنشاء اثر قانوني [2].

والغالب ان يقع التعبير عن هذه الارادة صريحاً فيبرم الاطراف مشارطة او شرط تحكيم يتفقون فيه على احالة النزاع الذي نشأ بينهما الى التحكيم، او ينصون في العقد الاصلي على اللجوء الى التحكيم عند قيام النزاع ، او يوقعون المشارطة النموذجي الذي يتضمن شرط التحكيم .[3]

ويجب ان تتوافر في هذه الاتفاق الشروط التي تطلبها القواعد العامة الواجبة التطبيق على العقود فيما يتعلق برضا المتعاقدين ويجب اتجاه ارادة المتعاقدين الى اخراج النزاع من ولاية القضاء العام وتخويل محكم او اكثر مهمة الفصل فيه، ويجب ان يكون هذا الرضا خالياً من العيوب التي تفسده وهي الغلط والتدليس والاكراه[4].

فاذا لم يوجد رضا وشابه عيب من هذه العيوب كان شرط التحكيم و باطلاً بطلاناً مطلقاً اوبطلاناً نسبياً حسب الاحوال ولانعقد الشرط الا بالتقاء والايجاب والقبول، ويجب ان يكون الايجاب والقبول متطابقين حول جميع المسائل التي تضمنها الشروط.

---

[1] احمد ابو الوفاء مرجع ستبق ، ص26.

[2] د. محمود جلال الدين زكي ، الوجيز في النظيرة العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة ، 1978،ص425.

[3] د. عاطف محمد الفقهي ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة طبعة 2009م.

[4] د. حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الكتب القانونية ، مصر المحلة الكبري ،2006،ص121.

فاذا اختلف الايجاب عن القبول في ايه مسالة من هذه المسائل بل ان زاد او نقص عنها فالعقد لاينعقد.

إن التحكيم في المنازعات لايكون احد الافراد فيها لايكون الا رضائياً ، نابعه عن ارادة حرة، فان الامر يكون على عكس ذلك بالنسبة للمنازعات التي تقع بين شركات القطاع العام او تلك التي تحدث بين احد الشركات وجهه حكومية او هيئة عامة [1](على الاختصاص بنظرها يكون لهيئات التحكيم المنصوص عليها في هذا القانون دون غيرها) وبموجب هذا النص فإنه تصدي لاي جهة اخرى لمثل هذه المنازعات يعد بمثابة مخالفة لقواعد الاختصاص الولائي، الامر الذي يوصم حكمها بالبطلان لصدوره من جهة غير مختصة ، وتاكيداً لذلك فقد قضت المحكمة الادارية العليا بان اختصاص هيئات التحكيم بنظر المنازعات التي تقع بين القطاع العام او بين احدى الشركات وجهة حكومية مركزية او محلية او هيئة قطاع عام وهو امر يتعلق بالنظام العام، مما يعني ان مخالفته لايصححها اجازة او قبول[2].

(والتحكيم عقد راضي ملزم الجانبين بمعنى ان الرضا يكفي لانعقاده وهو عقد ملزم للجانبين بمعني انه يرتب التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين ، وهي حقوق لكل منهما في ذات الوقت ، فكل منهما تمتنع عليه الالتجاء الى القضاء في صدر النزاع المتفق على طرحه على المحكم ، وكل منهما يلزم بطرحه على المحكم ويفرض عليه حكم الاخر [3].

يرجع عزوف اطراف النزاع عن عرض نزاعهم امام المحكمة المتختصة الى الثقة والاطمئنان في القانون او القواعد التي يتم بواسطتهم وكذلك لما يتمتع به المحكم من خبرة وكفاءة واختصاص وبالتالي رضا الاطراف [4].بالقرار الصادر منه بخلاف المحكمة اختيار القاضي فيها بواسطة رئيس المحكمة دون مشورة اطراف النزاع ، لذلك فان الحكم الصادر منها يتميز بالقسر والاجبارة وبالتالي تثور عدة صعوبات في تنفيذه ،اضف الى ذلك رضائية الاطراف باللجوء المحكم يجعل الشاكي يقدم شكواه بصورة محددة وبشفافية وبلامزايدة وقد يستغني حتى عن تكاليف المحامي او المترافع ،بالتالي ان جلسات نظر النزاع قد نتعقد في مكتب او منزل او في الهواء الطلق ، بينما المحمكة ضغائن وقواطع بين المتنازعين وقد نجد

[1]قانون شركات القطاع العام المصري رقم 97لسنة 1983، المادة (156).
[2]المحكمة الادارية العليا، قانون 97 لسنة 1983.
[3]د احمد ابو الوفاء ، مرجع اسبق ، ص 26.
[4]د. ابراهيم محمد احمد دريج ، مرجع اسبق ، ص 40.

هنالك حراسة من الشرطة وسياج يفصل بين القاضي عن المتنازعين وبين المتنازعين عن بعضهم البعض ،كما ان إمكان التسوية والتوافق من السهولة نسبة للطابع شبه الودي للتحكيم والطابع والمرونه التي يتمتع بها في الوصول الى حكم عادل ومنصف، من خلال مراعاة العلاقة بين الطرفين والاعراف وخلافها بينما القاضي يطبق القانون.

(واذا كان يلزم لحصول الرضا والذي هو اساس العقد ان تتواجد الارادة في كل طرفيه، وان يقع التعبير عنها، فإن هذين الامرين لايكفيان ، بل يلزم فضلاً عنها ان تتوافق ارادة طرفي العقد على قيامه،والتوافق بين الارادتين يتم بالايجاب والقبول ، ويتم ارتباط القبول بالايجاب ووجود رضا الافراد والجماعات بالالتجاء الى نظام التحكيم للفصل في منازعاتهم ا للحالة القائمة ، والمحددة (مشارطة التحكيم)او المحتملة وغير المحددة (شرط التحكيم) لحظة إبرام الاتفاق على التحكيم عن طريق هيئة تشكل من افراد عاديين ، او هيئات غير قضائية)[1].

وفي القضاء المصري [2] ينبغي التأكد من رضاء الافراد والجماعات والالتجاء الى نظام التحكيم للفصل في منازعاتهم ، كما قضت محكمة النقض المصرية في الشأن بانه: (رضا طرفي الخصومة هو اساس التحكيم ، وان العبرة تنصب إرادتهم وتشف عن رغبتهم في النزول عن الالتجاء الى القضاء العام في الدولة ، وفي حسم النزاع عن طريق التحكيم دون غيره من وسائل الفصل في المنازعات بين الافراد والجماعات كالصلح مثلاً كما قضي بانه لايعد تحكيماً وان وصف بالتحكيم .

تجدر الاشارة بداية الى اطار البحث عن القانون الواجب التطبيق بشأن التحقق من سلامة الرضا وخلوه من العيوب ، يفترض منازعة الخصم في صحة اتفاق التحكيم امام المحكم اثناء الاجراءات وقبل صدور الحكم ، وامام القاضي بمناسبة الطعن في الحكم بالبطلان بعد صدور الحكم التحكيمي ، ويغدو البحث عن القانون الواجب التطبيق بشأن التحقق من هذه المسالة امرا بديهياً.[3]

مما سبق لم يعرف القانون السوداني[4] الرضا اطلاقاً غير انه وجدت عبارة (بالتراضي) في القانون السوداني [5] ويتضح ان الرضا على صحة العقد يجب الوفاء به ،

[1]د، محمود السيد عمر التحيوي ، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ط1، 2007، ص 153.
[2]د. محمود السيد محمد التحيوي ، مرجع سابق ، ص 164 – 166.
[3]د. هاشم الصادق ، القانون الدولي الخاص ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 1999م، ص372.
[4]قانون التحكيم السوداني لسنة2005م.
[5]قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1998م، المادة 286.

التراضي على ماهية العقد امر لازم لا ينعقد عقد بدونه، والتراضى على نوع التحكيم يعني سيتلزم تعيينه في عقد التحكيم او تعيين الاسس الذي يسمح بتعيينها ، والتراضى على محدد العقد يجب ان تحدد لمعرفة العقد، وتفق القانون مع الفقه الاسلامي على تعريف مفهوم الرضا في اتفاق التحكيم واميل الى انسب تعريف للرضا في اعتقادي الراسخ وهو مايكفي في انعقاده تراضي المتعاقدين اي اقتران الايجاب بالقبول وارجح ما ذهب اليه القانون الذي بدوره اخذ من الفقه الاسلامي.

المبحث الثاني :الاهلية

المطلب الاول :

الاهلية في الفقه الاسلامي :

إن الله خلق قلب ابن ادم مؤهل لقبول الحق ، كما خلق اعينهم واسماعهم قابلة للمرئيات والمسموعات ، فما دامت باقية على ذلك القبول وعلى تلك الاهلية ادركت الحق ودين الاسلام هو الدين الحق [1]. على ذلك جاء قوله تعالى : {فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا ۚ فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا ۚ لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ۚ ذَٰلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَٰكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ ﴿٣٠﴾} [2].

فطرت الله : خلقة الله الذي خلق الناس عليها ليعلموا ان الهم خالقاً ومدبراً ، (لاتبديل لخلق الله): لاتغير لما فطرهم عليه ، ويرجح الحذاق ان الفطرة ، هي القابلية التي عند الطفل للنظر في مصنوعات الله الاستدلال بها على موجوده إلا اذاعرض له عارض يصرفه عن هذا كتهويد ابويه او تنصرهما له او اغواء الشيطان ،(ذلك الدين القيم) اي المستقيم [3].

والاهلية عموماً هي صلاحية الشخص للالزام والالتزام ، اي القدرة على تلقي الحقوق وتحمل الالتزامات وممارسة التصرفات القانونية ، فيكون الشخص ذو اهلية اذا صار قابلاً لان تثبت له حقوق مشروعة وقادر على إبرام التصرفات القانونية من عقود واردة منفردة [4].

(يمكن القول ان شروط العاقدين كمال الاهلية ، سواء كان العاقد بنفسه ، كالزوج او العاقد كالولي الذي اشترط فيه القانون كمال الاهلية ، بهذا فان الاهلية شرط في العاقدين، ومن كان فاقد للاهلية كالصبي او المجنون غير المميز اوناقصها كالمتوه والصبي المميز ، لايعقد لنفسه ولالغيره، فإن عقد ناقص الاهلية جائز ويدخل فيه الصبي المميز المعتوه)[5].

وبهذا لايجوز عقد ناقص الاهلية لان التصرفات السفيه وذي الغفلة تلحق بتصرفات الصبي المميز فتصرفاته قبل الحجر صحيحة وبعد الحجر تصرفاته باطله،ويشترط في العاقدين ان يكونا اهلاً لمباشرة العقد بان يكونا مميزين، فاذا لم يتوافر هذا الشرط بان كان احدهما صغيراً لم يبلغ سنة التمييز بعد لم ينعقد النكاح . نظير الصغير غير المميز ، المجنون، المعتوه ،

---

[1] شمس الدين القرطبي ، الجامع لاحكام القران، تفسير القرطبي ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، ط2 ،1384هـ - 1964م ، ج 14 ، ص29.

[2] سورة الروم الاية 30

[3] د، منير احمد القاضي ، مرجع سابق ، ص 407.

[4] د. ابوذر الغفاري بشير ، العقد والارادة المتفردة في القانون السوداني، مطبعة امدرمان الاسلامية للطباعة والنشر ، ط1، بدون تاريخ، ص46.

[5] أحمد محمد عبد المجيد قاضي المحكمة العليا السودانية ، شرح قانون الاحوال الشخصية للمسلمين السوداني لسنة 1991م الخرطوم ،دار السداد للطباعة ، 2010، ط 3 ، ج1، ص70.

السكران، والنائم فان العقد لاينعقد بعبارة من هؤلاء لان كلاً منهم لايفهم معنى مايقول فلاتجتمع ارادتان على امراً واحد وبهذا يكون العقد باطلاً .

ذهب المذهب الحنفي الى ان عقد السفية المحجور عليه صحيح وعقد ذي الغفلة صحيح وعلى ذلك انه ليس من شروط نفاذ العقد الرشد ولان الحجر عليهما انما هو في التصرفات المالية ، اما التصرفات الشخصية فليست موضع حجر [1].

الاهلية نوعان:

اهلية وجوب وهي صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزام واهلية الاداء :هو صلاحية الشخص لان يباش بنفسه التصرفات القانونية التي يكون من شانها ان تكسب حقاً او ان تحملة التزامات على وجه يعتد به قانوناً.[2]

يمكن القول أن شروط العاقدين هي كمال الاهلية ، سواء كان العاقد بنفسه كالزوج او عاقداً لغيره كالولي الذي إشترط فيه القانون كمال الاهلية .وبهذا فإن الاهلية شرط في العاقدين . ومن كان فاقد الاهلية كالمجنون والصبي غير المميز او ناقصها كالمعتوه والصبي المميز، لايعقد لنفسه ولا لغيره . فإن عقد ناقص الاهلية جائز ويدخل فيه الصبي المميز والمعتوه .

[1] د.احمد محمد عبد المجيد ، المرجع السابق ، ص71.

[2] تاج السر محمد حامد ، قاضي المحكمة العليا ، احكام العقد والارادة المنفردة ، مهيرة للطباعة والنشر والتغليف ، بدون تاريخ ، ط2، ص32.

المطلب الثاني :

الاهلية في القانون الوضعي :

(الاهلية بصورة عامه تعني قدرة الشخص على اداء الواجبات وتحمل الالتزامات، وذلك لايكون الا بالعقل والادراك والبلوغ والاختيار وقد يطلب القانون صفات اضافية بشأن عمل من الاعمال ، حيث جاء تعريفها في القانون السوداني [1]: (لايجوز ان يكون المحكم قاصراً او محجوراً عليه او سبق الحكم علية في جريمة مخلة بالشرف والامانة).

وفي قضاء التحكيم يتطلب توافر الاهلية من قبل طرفي النزاع ومن قبل المحكمين ، ففي الحالة الاولى لايصح الاتفاق على التحكيم من الصبي او المجنون او المحجور عليه، لانه لايملك التصرف في حقوقه الا باجازة وليه او وصيه حسب الحال الا اذا كان هذا الاتفاق نافعاً نفع محضاً ، وعلى الرغم من ان القانون السوداني لم ينص على اهلية طرفي النزاع الا ان ذلك يستمد من القواعد العامة للقانون، اما شأن اهلية المحكمين فقد تناولت ذلك معظم التشريعات الوطنية بالتركيز على ان لايكون المحكم قاصراً او محجوراً اوسبق الحكم عليه في جريمة مخله بالشرف، اوالامانة، وذلك ان القاصر او المحجور عليه لايملكان التقرير في حقوقهما ناهيك عن التقرير بشأن حقوق الاخرين ، اما المفلس او المحروم من حقوقه حقوقه المدنية والحكمة في ذلك ان المحكم كالقاضي فمن الضرورة بمكان توافر حد ادنى من ضمانات سير العدالة ، وذلك لايتوفر في المحروم من حقوقه اوالمفلس، اضافة بعض التشريعات صفات اخرى لابد توافراها في المحكم كان يكون محكم حسن السير والسلوك ومن ذوي الخبرة ، نصت بعض القوانين بان يكون المحكم اجنبياً ، كما نصت بعض بعد التشريعات بأن يكون محايدا مستقل تمام الاستقلال وبأن يكون اغلبية المحكمين من رجال القانون[2].

تتفق معظم التشريعات الوطنية على ضرورة ان يكون المحكم كامل الاهلية المدنية حتى تسند اليه مهم الفصل في النزاع ، ويتجلى هذا من خلال النص عليه صراحة في تشريعات بعض الدول.[3]

---

[1] د. ابراهيم محمد احمد دريج، شرح قانون التحكيم السوداني لسنة 2005 م مع رؤية خاصة عن الاشكالية العملية من واقع التطبيق العملي ، الخرطوم ، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة، ط4 ، 2013م،ص47.

[2] د. ابراهيم محمد احمد دويح ، شرح قانون التحكيم لسنة2005 م مع رؤية خاصة عن الاشكالية العملية مع واقع التطبيق العملي ، شركة مطابع السودن للعملة المحدودة ، الخرطوم ، السودان ،ط 4، 2013م، ص 47،

[3] تشريعات : اليمن ، الكويت ، البحرين ، مصر ، ليبيا ، بينما لم تتعرض لذلك تشريعات الاردن ، السودان، تونس ، ابراهيم محمد احمد دويح مرجع سابق ، ص82.

اما الاتفاقيات الخاصة بالتحكيم وقواعد مراكز التحكيم الدائمة فلم تتعرض لمسالة الاهلية وهذا يعني ضمناً اخضاع الامر لارادة المتخاصمين.

(هذه الاهلية بالنسبة للمحكم في التحكيم الوطني تطرح من زواية تختلف عن التحكيم الدولي ، وهنالك شبه توافق في التحكيم المحلي بتحديد بعض الشروط والتي تتمثل في الا يكون المحكم قاصراً او محجورا عليه او مفلساً وكذلك مدى صلة القرابة او العلاقة بين المحكم واحد طرفي النزاع ، وتشترط بعض القوانين الاهلية القانونية والبعض اشترط ان يكون المحكم رجلاً والبعض ان يكون حقوقياً والبعض ان لايكون من اهل البلد لكن في التحكيم الدولي ينظر من زوايا اخرى كالاهلية المدنية والجنسية والمؤهلات العملية واستقلال المحكم وحيادة ومثال الاهلية في القوانين الوطنية ماذهب اليه القانون السوداني [1]بالاتي (لايجوز المحكم قاصراً او محجورا او سبق الحكم عليه في جريمة مخلة بالشرف والامانة). وهو ماجاء به القانون البحريني[2] باضافة عبارة (مالم يرد اليه باعتباره) والحكمة في عدم جواز تحكيم الصبي او المجنون او المحجور عليه نسبة لعدم امتلاكه قانوناً في التصرف في حقوقه الا بواسطة وليه او ووصيه بحسب الحال ، خاصة اذا كان التصرف ضارا به ضرر محضاً ، طالما لايملك التصرف في حقوقه فلايعتبر مؤهلاً في التقرير بشأن حقوق الاخرين ، كما ان المحروم من حقوقه المدنية او المفلس من لم يرد عليه بإعتباره كلاهما لايتمتعان بحسن السمعة والنزاهة التي يجب ان يتمتع بها المحكم[3].

لم يشترط المشرع المصري في العاقد كمال الاهلية انما اشترط فيه التمييز وجعل سن التمييز سبعة سنين فقط ونص على صحة زواج المحجور عليها لسفه بشرط ان يكون المهر ملائماً لحالته المادية ، ولكن في النص ابهام هل المقصود عقده؟ بمعنى ان يعقد السفيه لنفسه ؟ ام المقصود زواجه بمعنى ان يعقد له وليه؟ فحال الصبي المميز كحال السفيه في أن كليهما ناقص الاهليه لذا لايجوز عقدهم للزواج سواء لانفسهم اولغيرهما بل يعقد لهما وليهما وذلك باعتبار ان الاهلية الكاملة شرط للعاقد، ، فإنه يجوز عقد السفيه لان لم يذكر ضمن

[1]قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م ، المادة 13،
[2]قانون التحكيم السوداني لسنة 1971م، المادة (234)،
[3]د. ابراهيم محمد احمد دويح ، تشكيل هيئة التحكيم ، الخرطوم، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة ، 2013، ط5، ص 29-30.

المذكورين في القانون السوداني [1](يجوز زواج المحجور عليه لسفه على ان يكون المهر ملائم لحالته المادية).

ويجب الرجوع لمصدر المادة وهو الذهب الحنفي وفيه ان عقد السفيه المحجور عليه يصح وكذلك يصح العقد من ذو الغفلة ، وعلة ذلك انه ليس من شروط نفاذ العقد الرشد لان الحجر عليهما انما هو في التصرفات المالية اما التصرفات الشخصية فليست موضع حجر .[2]

خلاصة القول أنه في تقديري أجد ان القانون السوداني [3] متفق مع الفقه الإسلامي في شرط الاهلية حيث أنه لم يجوز للقاصر أو المحجور عليه أو الذي سبقت إدانته في جريمة مخلة بالشرف والامانة أن يعتلي منصة التحكيم وأيضاً متفق مع معظم التشريعات الوطنية لدول اليمن والكويت والبحرين ومصر وليبيا في كمال الاهلية للمحكم وارجح ماذهب اليه القانون وعلى ماجرى العمل به بالمحاكم الوطنية .

[11]قانون الاحوال الشخصية للمسلمين السوداني لسنة 1991م، المادة (41).

[2] د. احمد محمد عبدالمجيد ، مرجع اسبق ، ص 70 -71 .

[3]قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م ، المادة (13).

المبحث الثالث: محل التحكيم والسبب

المطلب الاول : محل التحكيم

يقصد بمحل التحكيم الموضوعات التي يجوز بشانها التحكيم ، فالثابت ان للتحكيم حدوداً لايتجاوزها ، فمحل التحكيم هو موضوع المنازعة او المنازعات الي يطرحها اتفاق التحكيم على هيئة التحكيم ، ويتعين ان يكون هذا الموضوع طبقاً للاتفاقية [1]من المسائل التي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم ، وطبقاً للقانون المصري [2] فإن القيد الوحيد الذي يرد على التحكيم (جوازالتحكيم) هو عدم جواز التحكيم بفي المسائل التي لايجوز فيها الصلح (والواضح أن نصوص القانون المصري تنسجم مع مانصت عليه الاتفاقية حيث نصت على انه (لايجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب اليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين ان ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها :

أ- أن قانون ذلك البلد لايجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم .

ب- إن في الأعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه مايخالف النظام العام في هذا البلد) .

أما القانون السوداني [3] فلم ينص صراحة على محل التحكيم ولكن من خلال مفهومه الحكم لايتضمن مايخالف النظام العام او الاداب في السودان وان القانون السوداني والقانون المصري واتفاقية نيويورك إشترطت جميعها عدم مخالفة الحكم للنظام العام في البلد[4])وعلى العكس من ذلك فقد نص القانون الانجليزي [5] على التحكيم الداخلي بالاتي : (لهذا فإن عبارة العقد التحكيمي الداخلي تعني أي عقد تحكيمي ينص على أن مكان التحكيم سيكون في المملكة المتحدة (هذه الحدود التي يكون فيها التحكيم معينا) .

ينقسم التحكيم من حيث المحل إلى تحكيم داخلى وتحكيم اجنبي أودولى ، من خلال الواقع العملى وما استقر عليه قضاء التحكيم لانجد هناك صعوبة في تحديد معايير التحكيم الذي يعتبر انه وطني أو داخلي وذلك إذا كانت جميع عناصر التحكيم تنتمي لدوله واحدة (

---

[11]اتفاقية نيويورك لسنة لسنة 1958 ، المادة (5) /2 –ب .

[2] قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م ، المادة (11) .

[3] قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م، المادة 46/د.

[4] د. القصيمي صلاح احمد محمد طه ، مرجع اسبق ، ص 130-131.

[5] القانون الانجليزي لسنة 1996م ، المادة 58 .

طبيعة المنازعة ، الإجراءات ، القانون الواجب التطبيق) لكن تكمن الصعوبة في تحديد معيار لدولية التحكيم أو التفرقة بين التحكيم الوطني أو الاجنبي ، حيث ثار خلاف في فقه قانون التحكيم في تحديد ضابط الدولية ، هل من حيث القانون الواجب التطبيق على إجراءات النزاع (قانون وطني أو اجنبي أو نصوص اتفاقية دولية) ام من حيث مكان صدور حكم التحكيم ام من حيث طبيعة النزاع ام العبرة بجنسية المحكم وجنسية الخصوم أم العبرة بمكان المحكمة المختصة اصلاً بنظر النزاع ؟ [1]

وعلى الرغم من الخلاف السائد في الفقه حول المسائل السابقة الاشارة اليها الا أن بعض التشريعات الوطنية الحديثة الخاصة بالتحكيم وبعض الاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء في بعض الدول قد تناولت تحديد هذا الضابط بصورة قاطعة لتحسم الجدل الدائر في هذا الشأن ، فقد تناول القانون السوداني [2] ذلك بالاتي : وفقاً لأحكام هذا القانون يكون التحكيم دولياً في الحالات الاتية :

1/ إذا كان المركز الرئيسي لأعمال أطراف التحكيم في دولتين مختلفتين .

2/ إذا كان موضوع النزاع الذي يشمله إتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة كما تناول ذلك القانون المصري [3] بالاتي : يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الاحوال الاتية :

1/ إذا كان المركز الرئيسي لاعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام إتفاق التحكيم ، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتادة .

2/ إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها .

3/ إذا كان موضوع النزاع الذي يشمله إتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة .

---

[1] د . إبراهيم محمد احمد دريج ، المرجع السابق ، 2013م ، ط3 ، ص 50-53.
[2] قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م . المادة (7) .
[3] قانون التحكيم المصريرقم 27 لسنة 1994م ، المادة (3) .

4/ إذا كان المركز الرئيسي لاعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت ابرام اتفاق التحكيم وكان احد الاماكن التالية واقعا خارج هذه الدولة :

أ- مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو اشار إلى كيفية تعيينه .

ب- مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين .

ت- المكان الاكثر إرتباطاً بموضوع النزاع .

من خلال ماتقدم يتضح أن القانون المصري [1] تبني إتجاهين في تحديد ضابط الدولية : اولهما : إرتباط صفة الدولية بالضوابط التشريعية وذلك فيما يتعلق بموضوع النزاع وهو ذات الاتجاه الذي عليه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولى .

وثانيهما : إرتباط صفة الدولية بموضوع النزاع .

كما ذهب على هذا المنهج القانون الفرنسي [2] بالنص بالاتي : (يعتبر دولياً التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية) وهذا مااخذ به القانون اللبناني [3] ، أما القانون النموذجي [4] فقد حدد كذلك عدة معايير لتحديد ضابط الدولية بالاتي :

1-إذا كان مقرا عمل طرفي إتفاق التحكيم وقت عقد ذلك الاتفاق واقعين في دولتين مختلفتين .

2-إذا كان احد الاماكن التالية واقعاً خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين :

أ- مكان التحكيم إذا كان محدداً في إتفاق التحكيم أو طبقاً له .

ب- إي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به أو .

3-إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع إتفاق التحكيم متعلق بأكثرمن دولة واحدة .

---

[1] د.فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 102.

[2] القانون الفرنسي لسنة 1981م المادة 1492.

[3] قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، المادة 809 .

[4] القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولى الصادر من اليونسترال لسنة 1985م ، المادة 1 فقرة 3 .

(وفي إطار معيار دولية التحكيم فقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً هاماً في 7 مايو 1963م اتجهت فيه إلى التوسع في معنى الدولية حيث قررت بإن يشتمل النزاع على وجود عنصر خارجي في التحكيم أو في النزاع يكون على قدر من الاهمية بحيث يضفي على التحكيم الصفة الدولية ، وعلى ذلك ذهبت محكمة إستئناف باريس في الحكم الصادر في أبريل 1985م بالقول بأن الطابع الدولى يتحدد بصفة اساسية بالنظر إلى العملية الإقتصادية التي يرتبط بها سواء من ناحية حركة إنتقال للبضائع والخدمات أو تسوية عبر الحدود .

ومعايير دولية التحكيم في تقديري الشخصي تصلح لاعتمادها المخرج من الازمة الناشبة في هذا الإطار ، ومن ناحية اخرى فإنه وعلى الرغم من تجاهل أو إغفال معظم التشريعات الوطنية وضع تحديد لهذا الموضوع في ثنايا القوانين ، إلا أنه ومن خلال الواقع العملي المعاش نجدها تأخذ بالمعايير سالفة الذكر وان ماذهب اليه التشريع السوداني [1] يعد تطوراً وتقدماً كبيراً من حيث حسم هذا الجدل الذي ظل يدور بشأن التكييف القانوني للقضايا ذات العنصر الاجنبي ، هذا وقد علق أحد فقهاء التحكيم التجاري الدولى بشأن حكم محكمة النقض الفرنسية بأن الفقهاء تناولوا هذا الحكم بالتأييد لأن الدولية في نظرهم فكرة جغرافية أكثر منها قانونية ويكفي لتوافرها إشتمال النزاع أو التحكيم على عنصر يخرجه عن النطاق الوطني البحت كإختلاف جنسية المحكم أو الخصوم أو اجنبية القانون الواجب التطبيق على إجراءات أو موضوع النزاع [2]).

مما سبق يوجد تباين في وجهات النظر بشأن تحديد معيار دقيق لضابط دولية التحكيم من حيث المحل على الرغم من وجود حد ادنى للإتفاق وأتفق مع ماذهبت إليه التشريعات الوطنية وأرجح بشدة ماذهب اليه القانون المصري .

[1] قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م ، المادة 7.
[2] د. فوزي محمد سامي ، مرجع سابق ، ص 103 .

المطلب الثاني:

السبب :-

السبب هو الركن الثالث من اركان عقد التحكيم وهو الغرض الذي يهدف الملتزم الوصول اليه نتيجة قبوله شغل ذمته بالتزام مقابل ويتميز السبب عن المحل ، فالسبب هو جواب لمن يسأل لما إلتزم المدين ؟ بينما المحل هو جواب لمن يسأل بماذا التزم المدين [1]؟

وقد عرف القانون السوداني [2] السبب بأنه الغرض المباشر المقصود من العقد . وفي الفقه الإسلامي السبب يقال له موضوع العقد وهو أحد المقومات الاساسية التي لابد من توافرها في كل عقد وهو المقصد الاصلي الذي شرع العقد من اجله [3] كما قال تعالى : {قَالُوا ادْعُ لَنَا رَبَّكَ يُبَيِّن لَّنَا مَا هِيَ ۚ قَالَ إِنَّهُ يَقُولُ إِنَّهَا بَقَرَةٌ لَّا فَارِضٌ وَلَا بِكْرٌ عَوَانٌ بَيْنَ ذَٰلِكَ ۖ فَافْعَلُوا مَا تُؤْمَرُونَ ﴿٦٨﴾}[4] .

شروط السبب :

ذكر القانون السوداني [5] أن السبب يجب أن يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً وغير مخالف للنظام العام و الاداب . وذكر القانون المصري [6] : إذا لم يكن للإلتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الاداب كان العقد باطلاً يقابل القانون الجزائري [7] : إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلاً.

ويتضح من هذا أن القانون يأخذ بالسبب ويجعله امراً جوهرياً في التعاقد . ويلاحظ أن القانون السوداني لم ينص على البطلان خلافاً للقانون المدني المصري والجزائري الذي يرتب البطلان المطلق إذا كان السبب غير مشروع أو مخالفاً للنظام العام او الاداب . [8]

---

[1] أ.د. محمد الشيخ عمر، مصادر الالتزام ، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة ، الخرطوم ، بدون تاريخ ، ص 144.
[2] قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م ، المادة 84 فقرة 1.
[3] د. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، بدون تاريخ ، ص 478.
[4] سورة البقرة الاية (68).
[5] قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م ، المادة 84 فقرة 2.
[6] قانون التقنين المدني المصري ، المادة 136.
[7] قانون التقنين المدني الجزائري ، المادة 97.
[8] محمد عثمان احمد ، المستشار القانوني بوزارة العدل السودانية ، المرجع السابق ، ص 67.

إلا أن المشرع السوداني [1] عاد ورتب البطلان بقوله : (يكون العقد باطلاً إذا اختل فيه ركن بأصله أو بوصفه وذلك إذا صدر من شخص فاقد الاهلية ، أو إذا انعدم فيه الرضا او المحل أو السبب أو اذا لم تتوافر في المحل أو في السبب شروطه الجوهرية أو إذا لم يتوافر فيه شكل يفرضه القانون لإنعقاده أو إذا ورد في القانون نص خاص على ذلك) حيث أن مخالفة النظام العام والاداب ترجع لعدم المشروعية وبالتالي نقترح أن تكون المادة كالاتي : إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع كان العقد باطلاً [2].

إثبات العقد :

ينص القانون السوداني [3] بقوله : لايصح العقد إذا لم تكن فيه منفعة مشروعة تعاقدية تعاقدية ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة مالم يقم الدليل على غير ذلك . وهذا النص يقابله نص القانون المصري [4] والجزائري [5] : كل إلتزام مفترض أن له سبباً مشروعاً مالم يقم الدليل على غير ذلك وأيضاً نلاحظ الزيادة في التشريع السوداني حيث يمكن الإكتفاء بالفقرة التي اوردها القانون المدني المصري والجزائري فقط ومؤدى هذه النصوص أن المشرع السوداني قد وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها .

إن للعقد سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد فإن ذكر في العقد فإنه يعتبر السبب الحقيقي الذي قبل ان يلتزم المدين من أجله وإن ادعى المدين صورية السبب المذكور بالعقد كان يجب عليه أن يقدم الدليل القانوني على هذه الصورية ومن ثم ينتقل عبء الإثبات أن للعقد سبباً أخر مشروعاً على عاتق المتمسك به[6].

خلاصة القول أن كل التزام لم يذكر له سبب لايكون بالضرورة باطلاً ، بل يفترض أن يكون له سبب مشروع حتى يقوم الدليل على العكس ويقع عبء الاثبات على من يدعى السبب وارجح بشدة ماذهب اليه الفقه القانوني واتفق مع الفقه الإسلامي .

---

[1] قانون المعادلات المدنية السوداني لسنة 1984م ، المادة 91 الفقرة 1.
[2] محمد عثمان احمد ، المسشار القانوني بوزارة العدل السودانية ، مرجع اسبق ، ص 67.
[3] قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م ، المادة 85 فقرة 1,2.
[4] القانون المدني المصري ، المادة 137.
[5] القانون المدني الجزائري ، المادة 98.
[6] عبدالحي حجازي ، النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام) ، بدون دار نشر ، القاهرة ، 1960م ، ص 337.

الخاتمة :

أقدم في هذه الخاتمة النتائج التي تم التوصل إليها بعد طول عناء بين طيان الكتب المختصة المختلفة المتعلقة بالشروط الشكلية والموضوعية لعقد التحكيم موضوع هذا البحث جاءت على الوجه التالي :

اولا النتائج :

لقد توصلت هذه الدراسة إلى بعض النتائج ألخصها فيما يلي :

1- عقد التحكيم خرج من رحم قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة 1983م ، وهو يختلف عن كل العقود مما دفع المشرع لأن يفرد له قانون كامل منفصل بذاته يعرف بقانون التحكيم السوداني لسنة 2005م .

2- التطور التاريخي الذي مر به التحكيم منذ الشرائع القديمة في السودان والعالم وحتى التحكيم في النظم القانونية وبالتالي تطور تكنولوجيا الان وتوسع ليشمل عدة مراكز تحكيمية إقليمية ودولية .

3- تعتبر الكتابة وتحديد موضوع النزاع في مشارطة التحكيم وجزاء الإتفاق على التحكيم فيما لا يجوز فيه التحكيم شروطاً شكلية أساسية يقوم عليها عقد التحكيم .

4- يعتبر الرضا والاهلية ومحل التحكيم والسبب شروطاً موضوعية وبوجودها يترتب نجاح عقد التحكيم .

5- تعترف الدول بالأحكام التحكيمية أكثر من أحكام قضاء الدولة ، و ذلك لأن التحكيم هو خيار الأطراف .

التوصيات :

1-يوصي الباحث المشرع السوداني بالعمل على تعديل قانون التحكيم لسنة 2005م وذلك لإزالة الغموض والإبهام الذي صاحب بعض مواده .

2-يوصى الباحث بتدريب كافة شرائح المجتمع على التدريب النظري والعملي لعقد التحكيم لتكتمل تقافتهم القانونية وإجتماعياتهم بحل مشاكل التحكيم .

3-يوصي الباحث بإنشاء مراكز تحكيم محلية لتعليم الشروط الشكلية لعقد التحكيم من قبل أهل الشأن بالتحكيم .

4-يوصى الباحث بالاهتمام بشرط الرضا في عقد التحكيم وإختيار محل التحكيم مناسب لدولتين أو اكثر في مكان واحد .

5-يوصى الباحث المشرع السوداني بضم دولة السودان لاتفاقية نيويورك المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم دولياً لأنها تحترم النظام العام في البلد المراد تنفيذ حكم التحكيم في أراضيه .

خامساً : كتب الأصول :

1/ المرحوم الشيخ محمد الخضري بلو المفتش بوزارة المعارف و مدرس التاريخ الإسلامي بالجامعة المصرية ، أصول الفقه ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، 1405هـ – 1985م ، ط7 .

2/ أ. د / عوض أحمد إدريس ، الوجيز في أصول الفقه ، مطبعة جامعة النيلين ، الخرطوم ، 1436هـ – 2015م ، ط8 .

سادساً : كتب التاريخ و السيرة النبوية و الحضارة :-

1/ د . أحمد شلبي ، موسوعة النظم و الحضارة ، مكتبة النهضة المصرية ، 1981م ، ط2 .

2/ أبي عبد الله محمد بن عمر واقد الواقدي ، فتوح الشام ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1417هـ –1997م ، ط1 .

3/ الذهبي ، سير أعلام النبلاء .

4/ د. جواد علي ، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام ، المجمع العلمي بغداد ، 1995م .

5/ د . جواد علي ، المفصل في تاريخ العرب ، الميداني ، بدون تاريخ طبع .

سابعاً : القواميس و كتب اللغة :-

1/ الشيخ الإمام محمد أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الجيل، (بيروت – لبنان) 1407هـ – 1987م .

2/ إبن منظور (جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم) ، لسان العرب ، دار لسان العرب ، بيروت ، 711هـ .

3/ الفيومي ، المصباح المنير ، دار المعارف القاهرة ، بدون تاريخ ، ط2 .

4/ د. صلاح الدين الهواري ، المعجم الوسيط المدرسي (حرف الحاء) ، دار مكتبة الهلال ، بيروت ، 2007م ، ط1 .

5/ مجد الدين محمد يعقوب الفيروز الشيراوي ، القاموس المحيط ، مطبعة دار العلم للجميع ، بيروت ، بدون تاريخ .

6/ محمد بن علي حقبة بن منظور الأنصاري الأفريقي ، لسان العرب ، بيروت ، طبعة دار صادر ، بدون تاريخ .

ثامناً : فهرس الموضوعات :

الرقم	الموضـــــوع	رقم الصفحة
1	البسملة	أ
2	آية	ب
3	إهداء	ت
4	شكر و تقدير	ث
5	مستخلص البحث باللغة العربية	ج
6	مستخلص البحث باللغة الإنجليزية	ح
7	مقدمة	1
8	الإطار المنهجي للدراسة	3-12
9	هيكل البحث	13
10	الفصل الأول : ماهية التحكيم	14
11	المبحث الأول : تعريف التحكيم في اللغة و القانون	15
12	المبحث الثاني : طبيعة التحكيم	25
13	المبحث الثالث : مميزات و عيوب و أنواع التحكيم	32
14	الفصل الثاني : نشأة و تطور التحكيم	51
15	المبحث الأول : التحكيم في الشرائع القديمة	52
16	المبحث الثاني : التحكيم في الشريعة الإسلامية	65
17	المبحث الثالث : التحكيم في النظم القانونية	77

18	الفصل الثالث : الشروط الشكلية لعقد التحكيم	100
19	المبحث الأول : شروط الكتابة	101
20	المبحث الثاني : تحديد موضوع النزاع في مشارطة التحكيم	110
21	المبحث الثالث : جزاء الإتفاق علي التحكيم فيما لا يجوز فيه التحكيم	117
22	الفصل الرابع : الشروط الموضوعية لعقد التحكيم	124
23	المبحث الأول : الرضا في إتفاق التحكيم	125
24	المبحث الثاني : الأهلية	132
25	المبحث الثالث : محل التحكيم و السبب	137
26	الخاتمة	144-143
27	الفهارس	145
28	فهرس الآيات القرءانية	150-146
29	فهرس الأحاديث و الآثار	151
30	فهرس الأعلام	152
31	فهرس الروايات و المطبوعات و الندوات و الرسائل العلمية	153
32	فهرس المصادر الإلكترونية	154
33	فهرس القوانين و الإتفاقيات و المعاهدات و القرارات الدولية	157-155
34	فهرس المصادر و المراجع	167-158